الثاني والثالث من غاية البيان

٨٧٠

الجلد الثاني

تملكه العبد الفقير الى ربه القدير محمد بن عبد الحليم البروسوي
عفا عنهما ربهما العفو القوي

من كتب الفقير السيد فيض الله المفتي
بالسلطنة العلية العثمانية
عفي عنه

بسم الله الرحمن الرحيم وبه نثق

كتاب النكاح

لما فرغ من العبادات شرع في المعاملات وابتدا من
بينها بالنكاح لان فيه من المصالح الدينية والدنياوية كحفظ النفس عن الزنا والقيام على النسا وتحقيق
مباهات الرسول بقوله تناكحوا تكثروا فاني اباهي بكم الامم يوم القيامة والتناسل بالسبب
المشروع الدافع للفساد الناشي من التغالب ثم اعلم ان النكاح مشترك يذكر ويراد به الوطي
وهو الاكثر ويذكر ويراد به العقد ولهذا قال الجوهري النكاح الوطي وقد يكون العقد تقول
نكحتها ونكحت هي اي تزوجت وهي ناكح في بني فلان اي هي ذات زوج منهم قال لصلصلة اللجام براس
طرف احب الي من ان تنكحيني وقال في ديوان الادب نكح المراة تزوجها قال الاعشى فلا تقربن جارة
ان سرها عليك حرام فانكحن او تابدا اراد تابدن فابدل من النون الخفيفة الفا عند الوقف ونكح
اذا جامع قال البحابخ الحادي فحجوا اهل الكوفة الناكبين على طهر نسايهم والناكحين بشطي دجلة
البقرا وقال ابن دريد النكاح كناية عن الجماع نكح ينكح نكاحا وانكح فلان فلانا اذا زوجه انكاحا وانكح
فلانا في بني فلان ماله اذا زوجوه من اجله وانكح موت فلان بناته في بني فلان اذا زوجن بغير اكفا
قال الشاعر ان القبور تنكح الايامى والصبية الاصاغر اليتامى ثم لما كان النكاح مشتركا على ما عليه
اهل اللغة يراد به احد المعنيين اذا دل الدليل عليه ولهذا لو قال لامراته ان نكحتك فانت طالق فهو
على الوطي كما في قوله تعالى الزاني لا ينكح الا زانية وقوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره ولو قال لاجنبية
ان نكحتك فانت طالق فهو على العقد كما في قوله تعالى فانكحوهن باذن اهلهن وقول بعضهم ان النكاح
في الوطي حقيقة وفي العقد مجاز فيه نظر لان الاصل في الكلام الحقيقة والمشترك مستعمل في
الموضوع الاصلي دون المجاز ثم اختلف العلما في حكم النكاح المشروع قال داود الاصفهاني ومن
تابعه من اصحاب الظواهر ان النكاح فرض عين حتى ان من ترك مع القدرة على الوطي والانفاق فانه
ياثم وقال الشافعي انه مباح وقال بعض اصحابنا انه فرض كفاية اذا قام به البعض سقط عن الباقين
وقال بعضهم انه مندوب مستحب وقال بعضهم انه واجب على سبيل التعيين وقال بعضهم على سبيل
الكفاية وجه قول داود قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم ومطلق الامر يدل على الفرض ووجه قول
الشافعي انه من المعاملات ووجه قول جمهور اصحابنا رحمهم الله ان النبي صلى الله عليه وسلم ذكر اركان
الدين من الفرايض والواجبات ولم يذكر من جملتها النكاح وقد روي عن اصحاب الصفة انهم امتنعوا
عن التزوج فلم ينكر عليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فلو كان فرضا او واجبا انكر عليهم وقد صح عن
رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال النكاح سنتي فمن رغب عن سنتي فليس مني فعلم ان المراد من الامر
الوارد في باب النكاح هو الندب والاستحباب لا الوجوب ولهذا قال اصحابنا النكاح افضل من
التخلي لنوافل العبادة سواء تاقت نفسه او لم تتق وقال الشافعي ان لم تتق نفسه الى النسا فالتخلي افضل
والمسيلة تعرف في طريقة الخلاف ثم اعلم ان النكاح اذا اريد به الوطي فهو ظاهر واذا اريد به العقد
فيقال هو ما يثبت به ملك يصح في المحل قصدا وقولنا قصدا احترازا عما ثبت ملك البضع ضمنا
كما اذا ثبت في ضمن ملك الرقبة فافهم وركنه الايجاب والقبول مع وجود شروطه والمراد من
الشروط العقل والبلوغ والحرية وكون المراة محللة لان المحرمة كالام ونحوها ليست محل النكاح
قوله قال النكاح ينعقد بالايجاب والقبول بلفظين يعبر بهما عن الماضي الى اخره والانعقاد
عبارة عن انضمام كلام احد الشخصين الى الاخر على وجه يثبت اثره في المحل شرعا والمراد من
الايجاب اخراج الممكن من الامكان الى الوجوب كما هو اصطلاح اهل الكلام وهذا لان الكلام

الصادر

الصادر عن احد الشخصين اولا على الوجه المذكور يسمى ايجابا لانه قبل ان يتكلم به كان في حيز الامكان
يستوي فيه الوجود والعدم فلما تكلم وجب اي ثبت فسمي ايجابا فلما قبل الاخر كلام صاحبه سمي قبولا
ولم يرد به مصطلح الفقها الذي هو الزام الحكم على العبد بحيث ياثم اذا تركه فافهم والتعبير بالماضي
قال تعالى ان كنتم لله ربا تعبدون ورجل حسن العبارة اذا كان حسن الادا لما يسمع ثم انما اختير لفظ
الماضي لان واضع اللغة لم يضع للانشا لفظا خاصا وانما عرف الانشا بالشرع واختيار لفظ
الماضي لدلالته على التحقق والثبوت دون المستقبل اما اذا كان احد اللفظين ماضيا والاخر مستقبلا
ينعقد النكاح استحسانا لا قياسا ووجه القياس ان المستقبل يدل على العدة لا الايجاب ولهذا لا ينعقد
البيع على هذا الوجه لان المقصود الايجاب لا العدة وانما تركوا القياس في باب النكاح لان
النكاح لا تحضره السوم فالظاهر منه الايجاب بخلاف البيع فانه تحضره السوم فلا ينعقد بلفظين
احدهما ماض والاخر مستقبل كما اذا قال احدهما ابيعكه وقال الاخر اشتريت او قال احدهما بعني
وقال الاخر بعت اما هنا ينعقد اذا كان احد اللفظين مستقبلا كما اذا قال الزوج لولي المراة
زوجني ابنتك او اختك فقال زوجتك يصح النكاح وكذا اذا قال لامراة اتزوجك بالف فقالت
قد تزوجتك على ذلك يصح وليس للخاطب ان يقول ما قبلت وكذا اذا قال جئتك خاطبا ابنتك او
جئت لتزوجني ابنتك فقال الاب زوجتك قوله لان هذا توكيل بالنكاح اي لان قوله زوجني
توكيل بالنكاح للمامور معنى فلو صرح بالتوكيل وقال وكلتك بان تزوجني نفسك مني ففعلت وقد
صح النكاح فكذا هنا قوله والواحد يتولى طرفي النكاح اي يصلح عاقدا من الجانبين لعدم
التضاد وسيجي بيانه في فصل الوكالة ان شا الله تعالى وهو المراد بقوله على ما نبينه واراد بطرفي
النكاح الايجاب والقبول قوله وينعقد بلفظ النكاح والتزويج والهبة والتمليك والصدقة
اما انعقاده بلفظ النكاح والتزويج فلا خلاف فيه واما انعقاده بالالفاظ الباقية ففيه
خلاف الشافعي قال الشيخ ابو العباس الناطفي رحمه الله كل ما في الامة يفيد ملك رقبتها
ينعقد بتلك اللفظة النكاح وما لا يفيد تمليكا بحال لا ينعقد به النكاح وهذا الاعتبار منصوص
قال في نوادر ابن رستم قال ابو حنيفة كل شي في الامة تمليك رقبة ففي الحرة نكاح الا ترى انه لو
قال تصدقت بهذه الجارية عليك او جعلتها لك فانه يملكها رقبتها ولو قال قد احللت لك امتي
لم يكن هبة فعلى هذا ينعقد النكاح بلفظة البيع وحكى الناطفي عن الشيخ ابي عبد الله الجرجاني
عن الشيخ ابي بكر الرازي انه ينعقد النكاح بقوله تزوجت ونكحت وملكتك ووهبت وتصدقت
وجئتك خاطبا وجعلت نفسي لك على كذا ولا ينعقد بقوله اعرت واودعت واحللت ورهنت
وجه قول الشافعي ان هذه الالفاظ اعني الهبة والصدقة والتمليك اذا اريد بها النكاح لا يخلوا
من احد الامرين اما ان يراد حقيقة او مجازا فلا يجوز الاول لانه قد يوجد هذه الالفاظ ولا
نكاح ثمة واما الثاني فلان المجاز يقتضي المناسبة ولا مناسبة بين الملك الثابت بالنكاح وبين الملك
الثابت بالتمليك ولنا ان نكاح النبي انعقد بلفظ الهبة بالاجماع وقد دل عليه قوله تعالى وامراة
مومنة ان وهبت نفسها للنبي الاية فينعقد نكاح الامة ايضا لانه عليه السلام مقتدى الامة
اما قوله خالصة لك فمعناه ان المراة خالصة للنبي حيث لا يجوز نكاحها لغير النبي بعده كما انه
قال تعالى وما كان لكم ان تؤذوا رسول الله ولا ان تنكحوا ازواجه من بعده ابدا وقال تعالى
وازواجه امهاتهم وهذا لشرف النبي صلى الله عليه وسلم ويجوز ان يراد به هبة خالصة
لك حيث لا يلزمه مهرها يعني مثل هذا النكاح جايز للنبي عليه السلام خاصة دون

عايده من ساير المومنين ولان الهبة سبب لملك المتعة واطلاق اسم السبب وارادة السبب طريق من
طرق المجاز فينعقد النكاح بالهبة اما كونه سببا فظاهر لان السبب ما يتوصل به الى الشي كالباب
والحبل والطريق والهبة كذلك لانها موضوعة لملك الرقبة وملك الرقبة يفيد ملك المتعة في الامة
المسلمة المحللة فيكون للهبة سببا لملك المتعة وقد دل على هذا النقل والعرف اما الاول فقوله
تعالى او لامستم النساء والمس باليد سبب للجماع وكذا قوله تعالى وجزاء سيئة سيئة مثلها لان الفعل
الاول لما كان سببا لوجود الفعل الثاني سمي الثاني باسم الاول مجازا واما الثاني فقولهم ما
زلنا نطا السماء حتى اتيناكم لان السماء سبب المطر فذكر السبب واريد المسبب فلما ثبت الحكم في الهبة
ثبت في التمليك والصدقة ايضا لان الخلاف في الكل واحد لكن هذا فيما اراد بالهبة النكاح اما
اذا لم يرد فلا ينعقد النكاح بالهبة الا ترى الى ما ذكر في النوازل في رجل طلب الزنا من امراة
فقالت وهبت نفسي منك بمشهد من الشهود وقبل الزوج قال لا يكون نكاحا وانما يكون نكاحا
اذا وهبت نفسها على وجه النكاح وهذا كرجل قال لرجل وهبت ابنتي منك لتخدمك او
قال الرجل للاب وجه ابنتك الينا لتخدمنا فقال دفعتها منك بمحضر من الشهود لم يكن نكاحا
فان قيل لو كانت السببية طريقا من طرق المجاز لجاز ان
يذكر المسبب ويراد به السبب بان يراد بالنكاح الهبة مثلا قلت انما لم يجز
الاستعارة على ذلك الوجه لان الاستعارة باعتبار الاتصال واتصال الفرع اعني اتصال المسبب
بالنظر الى الفرع لا بالنظر الى الاصل وهو السبب لان اتصاله بالنظر الى الاصل كالعدم لعدم
افتقار الاصل الى الفرع فافهم وقد حققناه في كتابنا الموسوم بالتبيين **قوله** لان التمليك
ليس فيه حقيقة ولا مجاز عنه اي لان التمليك ليس مستعمل في النكاح حقيقة ولا مجازا عن
النكاح وقد مر بيانه **قوله** لان التزويج للتلفيق يقال احاديث ملفقة اي ضم بعضها الى بعض
قوله ان التمليك سبب لملك المتعة في محلها يعني اذا كان التمليك واقعا في محل ملك المتعة
قوله وهو الثابت اي ملك المتعة **قوله** وينعقد بلفظ البيع هو الصحيح وقد مر
وجه انعقاده به فلا نعيده وقوله هو الصحيح احترازا عن قول ابي نصر البلخي وابي بكر
الاعمش رحمهما الله فانهما اجابا بان النكاح لا يجوز بلفظ البيع قال في النوازل قيل لابي بكر كان
ابو القاسم الصفار يجيزه قال ابو القاسم النبي صلى الله عليه وسلم لم يجزه **قوله** ولا
ينعقد بلفظة الاجارة في الصحيح هذا هو اختيار القدوري واحترز بالصحيح عما نقل الناطفي
في الاجناس عن الشيخ ابي الحسن الكرخي انه ينعقد بها النكاح وذلك لان السببية التي هي طريق
المجاز منعدمة لان الاجارة لا تفيد ملك الرقبة فلا تفيد ملك المتعة **قوله** ولا بلفظة
الاباحة والاحلال والاعارة لما قلنا اي لان كلا منها ليس بسبب لملك المتعة وهذا لان النكاح
يفيد التمليك والاباحة والاحلال لا يفيد ان ذلك ولهذا لو قال احللت لك امتي لم يكن هبة
اما لفظ الاعارة فقد روى الناطفي عن الشيخ ابي عبد الله الجرجاني قال الحكي عن ابي الحسن الكرخي
انه ينعقد النكاح به واحتج بانه يفيد التمليك في المنافع الا ترى ان من استعار ثوبا للبس
او دابة للركوب له ان يعيره غيره اذا لم يخصه والصحيح انه لا ينعقد به النكاح واليه ذهب
الشيخ ابو بكر الرازي رحمه الله لانه يفيد العارية استباحة المنافع دون التمليك الا ترى
انه ليس له ان يواجر ولا ينعقد النكاح بلفظ الاقالة ايضا لانها لفسخ عقد سابق وكذا
بلفظ الصلح لانه موضوع للحطيطة واسقاط الحق وكذا بلفظ الشركة لانه يفيد التمليك

في البعض

في البعض دون الكل ولهذا لا يصح النكاح اذا قال زوجتك نصف جاريتي ولا بلفظة الوصية
لانها توجب الملك مضافا الى ما بعد الموت قال في الاجناس فيه وجهين ان اضاف الى حال
الحياة وقال اوصيت بابنتي لك الان انعقد نكاحا وان قال بعد موتي لا ينعقد النكاح بينهما
وكذلك ان اطلق ثم قال صاحب الاجناس هكذا كان يقول شيخنا ابو عبد الله الجرجاني رحمه
الله **قوله** ولا ينعقد نكاح المسلمين الا بحضور شاهدين حرين عاقلين بالغين مسلمين رجلين او
رجل وامراتين عدولا كانوا او غير عدول او محدودين في قذف والاصل فيه ما روى محمد
بن الحسن رحمه الله في المبسوط بقوله بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا نكاح
الا بشهود وروى في الجامع الترمذي باسناده الى ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه
وسلم قال البغايا اللاتي ينكحن انفسهن بغير بينة وروي فيه ايضا عن ابن عباس رضي الله عنهما
قال لا نكاح الا ببينة وجه الاستدلال ان اطلاق الشهود والبينة تشمل الجميع فينعقد النكاح
بشهادة هولاء لان لهم شهادة لكونهم من اهل الولاية لما بينا ثم اعلم ان اشتراط الشهادة مذهبنا
وقال ابن ابي ليلى ومالك وعثمان البتي ليس الشهود بشرط وانما الشرط الاعلان حتى لو اعلنوا
النكاح بحضور الصبيان والمجانين يصح النكاح ولو حضر العقد شهود وشرط فيه الكتمان
يفسد النكاح عندهم لهم ان الوطي الحرام وهو الزنا يفعل سرا فيجب ان يفعل النكاح وهو الفعل
الحلال علنا تحقيقا للضد فبضدها تتبين الاشياء يويده ما روي في الجامع الترمذي مسندا
الى محمد بن حاطب الجمحي قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فصل ما بين الحلال والحرام الدف
والصوت وفيه ايضا مسندا الى عائشة رضي الله عنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
اعلنوا هذا النكاح واجعلوه في المساجد واضربوا عليه بالدفوف ولنا ما روينا من
الاحاديث اولا وبيانه انه لم يشترط فيها الاعلان فيعمل بها مطلقا ولانه عقد فلا يبطله
اشتراط الكتمان كما في ساير العقود او نقول اذا حضر شاهدان عند العاقدين فهو
اعلان ايضا فاحسن بقوله وسرك ما كان عند امرء وسر الثلاثة غير الخفي اما النهي الوارد عن نكاح
السر فمحمول على ما اذا لم يكن الشهود ثمة فان قيل كيف
تشترطون الشهادة بخبر الواحد والنصوص مطلقة عن شرط الشهادة قال تعالى فانكحوا ما
طاب لكم وقال تعالى وانكحوا الايامى وقال تعالى فلا تعضلوهن ان ينكحن ازواجهن
قلت لا نسلم انه خبر الواحد بل هو مشهور تلقته العلما
بالقبول فيجوز الزيادة بالمشهور على كتاب الله تعالى ولئن سلمنا انه خبر الواحد فنقول
العام اذا خص منه البعض يخص الباقي بخبر الواحد والقياس فكذا فيما نحن فيه لان
المحرمات خصت من عموم النص فجاز تخصيصه بخبر الواحد **قوله** ولا بد من اعتبار
الحرية فيها اي في الشهادة لان العبد لا ولاية له على نفسه فلا يكون له ولاية على غيره لان
الولاية المتعدية فرع الولاية القاصرة وهذا لان الشهادة من باب الولاية لان بها
يحصل الزام الحكم على الغير **قوله** ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ وهذا لان المجنون
والصبي لا ولاية لهما فلا يصح شهادتهما وكذا لا بد من شرط الاسلام في نكاح المسلمين لقوله
تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المومنين سبيلا قال الحاكم الشهيد في الكافي ولا يجوز
عقد النكاح بين مسلمين بشهادة عبدين او كافرين او صبيين او معتوهين او نسا ليس معهن
رجل فان كان معهم شاهدان حران مسلمان جاز النكاح فان ادرك الصبيان وعتق العبدان

واسلم الكافران ثم شهدوا بذلك عند الحاكم جازت شهادتهم وقال شمس الائمة السرخسي في شرح
الكافي في تعليل المسألة لان شرائط الاداء انما تعتبر عند الاداء وهو موجود والعتق والاسلام
والبلوغ ليس من شرائط التحمل فتحملهم كان صحيحا لان التحمل ليس بشهادة والبلوغ والحرية له
والاسلام تعتبر في الشهادة فلهذا جازت شهادتهما **قوله** ولا يشترط وصف الذكورة حتى ينعقد
بحضور رجل وامرأتين وذلك لان قوله عليه السلام لا نكاح الا بشهود يقتضي صحة النكاح بما يطلق
اسم الشهود فيصح النكاح بحضور رجل وامرأتين لان اسم الشهود ثابتا ولذلك بدليل قوله تعالى
واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان اي فان لم يكن الشاهدان
رجلين فرجل وامرأتان ولان المال يثبت بشهادة رجل وامرأتين بالاجماع فجاز ان يثبت النكاح
بها قياسا على شهادة رجلين **قوله** وفيه خلاف الشافعي رحمه الله اي وفي وصف الذكورة له
خلاف الشافعي يعني انه يشترطه ويجي في الشهادات ان شاء الله **قوله** ولا يشترط العدالة
حتى ينعقد النكاح بحضرة الفاسقين عندنا خلافا للشافعي رحمه الله له ان الشهادة عبارة عن
كلام هو حجة في الشرع وانما يكون حجة اذا ترجح فيه جانب الصدق على الكذب بالعدالة ولم
يوجد العدالة فلا يعتبر شهادة الفاسق ولنا ان الفاسق من اهل الولاية على نفسه وعلى غيره
ايضا فيجوز شهادته على غيره بيانه انه يتزوج بنفسه ويزوج عبده وامته وابنته فلما ثبت
له الولاية ثبت له الشهادة لانها من باب الولاية وتحقيقه انه لما لم يكن محروما من الولاية
على نفسه لا يكون محروما من الولاية على غيره اي المشهود عليه من جنسه لانه لم يخرج من له
الاسلام بفسقه ولان الفاسق صلح ان يكون مقلدا فصلح مقلدا وكذا شاهدا بيانه ان الفسق
لا يخرجه من ان يكون اهلا للامامة والسلطنة لان الائمة بعد الخلفاء الراشدين فلما تخلوا
واحد منهم عن فسق وفي اشتراط العدالة لهم فساد كبير وفتنة عظيمة فلا تشترط فلما صلح
الفاسق ان يكون اماما ثبت كونه مقلدا بكسر اللام حيث يقلد القضاء على الغير فلما صلح اماما
مقلدا صلح شاهدا لان القضاء والشهادة من واد واحد فكل من يصلح قاضيا يصلح شاهدا واما
اشتراط العدالة في الشهادة عند الاداء فليترجح جانب الصدق على الكذب لان الامر فيه
مختلف على القاضي ويبني القضاء على الدليل الراجح وهو العدالة وليس كلامنا فيه وانما كلامنا
في الانعقاد وانعقاد النكاح يحصل بالاهلية ولهذا جاز النكاح بشهادة الاب والابن لكن
لا يقضى بشهادتهما عند التجاحد يؤيد ما قلنا قوله عليه السلام لا نكاح الا بشهود من غير شرط
العدالة فان قلت ———— الشافعي يتمسك بقوله عليه السلام
لا نكاح الا بولي وشاهدي عدل فما الجواب عنه قلت ———— لم يصح قوله
وشاهدي عدل في كتب الحديث وانما الرواية لا نكاح الا بولي وفيه كلام ايضا لان رواية
ابن جريج عن سليمان بن موسى عن الزهري عن عروة عن عائشة عن النبي عليه السلام فقال ابن
جريج ثم لقيت الزهري فسألته فانكره فضعفوا هذا الحديث لاجل هذا كذا قال عيسى الترمذي
في جامعه ولئن صح الحديث وصحت الزيادة ايضا فنقول ذكر العدل منكرا في موضع الاثبات
فيقتضي ادنى ما يطلق عليه اسم العدالة وذلك يحصل بالاسلام لقوله عليه السلام المسلمون
عدول بعضهم على بعض او نقول الشاهدان اضيفا الى العدل فعلم بذلك ان العدل ليس
بصفة للشاهدين لان اضافة الموصوف الى صفته لا تصح على ما عرف في النحو فلما لم يكن صفة
لم يشترط العدالة في الشاهد فيكون معناه قابلي عدل اي كلمة عدل وهي كلمة التوحيد على

اقامة

اقامة الصفة مقام الموصوف المحذوف والفاسق يقول كلمة التوحيد **قوله** وهذا
لانه لما لم يحرم الولاية على نفسه اشارة الى قوله من اهل الولاية اي هذا الذي قلنا من
كون الفاسق من اهل الولاية ثابت مقرر لان الفاسق لما لم يحرم الولاية على نفسه لاسلامه
لا يحرم على غيره وهو المشهود عليه لانه من جنسه اي لان المشهود عليه من جنس الفاسق
او لان الفاسق من جنس المشهود عليه وكلاهما واحد **قوله** والمحدود في القذف من اهل
الولاية فيكون من اهل الشهادة تحملا والاصل هنا ان كل من صلح ان يكون وليا في النكاح
بولاية نفسه صلح ان يكون شاهدا في النكاح والمحدود بهذه المثابة لانه يتزوج بنفسه
ويزوج عبده وامته ايضا فيصلح ان يكون شاهدا ايضا لوجود الولاية ولانه فاسق كغيره
من الفساق ان لم يتب فينعقد النكاح بشهادتهم لما قلنا فينعقد بشهادته ايضا غاية ما في الباب
ان الشرع امر برد اداء شهادته جزاء على فريته ولا كلام لنا في الاداء وكلامنا في الانعقاد **قوله**
لجريمته اي لذنبه **قوله** كما في شهادة العميان قال شمس الائمة السرخسي ينعقد النكاح بشهادة
الاعمى بالاتفاق اما عندنا فلان الاعمى انما لا تقبل شهادته لانه لا يميز بين المشهود له والمشهود
عليه الا بدليل مشتبه وهو الصوت والنغمة وذلك لا يكون في حالة الحضور والسماع وعند
الشافعي لان الاعمى من اهل اداء الشهادة ولهذا قال لو تحمل وهو بصير ثم عمي تقبل شهادته
قوله وابني العاقدين صورته وقعت الفرقة بين الزوجين ثم تزوجا بحضور ابنيهما
ينعقد النكاح بشهادتهما وان لم يقض بها عند التجاحد **قوله** قال وان تزوج مسلم ذمية
بشهادة ذميين جاز عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر لا يجوز اي قال
القدوري في مختصره وان تزوج مسلم الى اخره وجه قول محمد وزفر رحمهما الله ان الشهادة
شرط انعقاد النكاح والنكاح لا ينعقد الا بكلاميهما جميعا فاذا انعقد النكاح بشهادة
الذميين تكون شهادتهما على كلام المسلم والذمية جميعا فلا يصح شهادة اهل الذمة على المسلم
فلم ينعقد النكاح بها ووجه قولهما ان اشتراط الشهادة حال انعقاد النكاح لا يخلو من احد
الامرين اما ان يكون لوقوع ملك المتعة عليها ابانة لخطر المحل او يكون لوقوع ملك المهر عليه
والثاني منتف فتعين الاول وانما قلنا بانتفاء الثاني لان المهر مال ولا يجب اشتراط الشهادة
في لزوم المال كما في البيع فلما ثبت ان اشتراط الشهادة في النكاح لوقوع ملك المتعة عليها كان له
شهادة الذميين على الذمية لا على المسلم فصحت ولهذا يثبت النكاح بشهادتهما بالاتفاق اذا
جحدت المرأة ذلك وقد كان عند العقد رجلان مسلمان فعلم ان سماع الذميين صحيح الا ترى
الى ما قال في شرح الطحاوي ولو وقع التجاحد بين الزوجين فشهد رجلان من اهل الذمة
والمرأة ذمية فان كانت المرأة مدعية والرجل منكر لا تقبل شهادتهما بالاجماع لان شهادة
الذمي على المسلم لا تقبل وان كان الرجل مدعيا والمرأة تنكر فشهادتهما جائزة سواء كان لا
كان معهما عند العقد رجلان مسلمان او لم يكونا عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد اذا
كان معهما عند العقد رجلان مسلمان سواء تقبل وان لم يكونا ذلك لا تقبل هذا اذا
كانا وقت الاداء كافرين ولو كانا وقت التحمل كافرين ووقت الاداء مسلمين فعلى قولهما شهادتهما
مقبولة على كل حال وعند محمد ان كان عند العقد رجلان مسلمان غيرهما قبل وان لم
يكونا ذلك لا يقبل ايهما كان جاحدا او مدعيا **قوله** بخلاف ما اذا لم يسمعا موصول بقوله
فكانهما لم يسمعا موصول بقوله فكانهما لم يسمعا **قوله** ومن امر رجلا بان يزوج ابنته له

الصغيرة فزوجها والاب حاضر بشهادة رجل واحد سواهما جاز النكاح وهذه من خواص مسائل الجامع الصغير والضمير في قوله ابنته راجع الى من والضمير المستتر في قوله فزوجها راجع الى الرجل المامور والواو في قوله والاب للحال سواهما اي المامور والاب وانما قيد بحضور الاب لانه اذا كان غائبا لا يجوز النكاح وفرق ذلك ان المزوج في النكاح معبر وسفير لما ان الحقوق لا ترجع اليه فيجعل العقد الواقع من المامور حقيقة كالواقع من الامر حكما لامكان تحقيق الاضافة اليه وذلك لان الايجاب والقبول انما يصحان اذا كان المجلس متحدا فيكون العقد واقعا من الاب عند المزوج مع شاهد اخر فيصح بخلاف ما اذا كان الاب غائبا حيث لا يجوز النكاح لانه لا يمكن نسبة العقد الى الاب حكما لاختلاف المجلس فيبقى العقد مضافا الى المزوج عند شاهد واحد فلا يصح وعلى هذا قالوا ان الاب اذا زوج ابنته البالغة برضاها بحضور شاهد واحد ان كانت حاضرة جاز لانها تصير كانها زوجت نفسها فيكون الاب شاهدا مع اخر فيصح بخلاف ما اذا كانت غائبة حيث لا يصح نسبة العقد اليها فيكون الاب مزوجا اباها عند واحد فلا يصح **قوله** فيكون الوكيل سفيرا اي رسولا قال في المغرب السفير الرسول المصلح بين القوم ومنه الوكيل سفير ومعبر يعني اذا لم يكن العقد معا ومنه كالنكاح والخلع والعتق ونحوها لا يتعلق به شي ولا يطالب بشي وجمعه سفرا والله اعلم

فصل

في بيان المحرمات لما ذكر بيان شرعية النكاح في الاناسي من بني ادم اذا كانت محللة شرع في بيان المحرمات لتتار بمعرفتها المحللات فيصدق هاتين الاشيا **قوله** قال ولا يحل للرجل ان يتزوج بامه ولا بجداته من قبل الرجال والنسا اي قال الشيخ ابو الحسين القدوري رحمه الله ولا يحل للرجل الى اخره قال ابن السكيت في كتاب الاصلاح قال يونس تقول العرب زوجته امراة وتزوجت امراة وليس من كلام العرب تزوجت بامراة قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي جميع ما يتضمنه كتاب النكاح والرضاع بالتحريم على احد وعشرين نوعا سبع من جهة النسب وسبع من جهة السبب واربع من جهة المصاهرة واثنتان من جهة الجمع وواحدة من جهة الكفر اما السبع التي من جهة النسب فما جمعه الله تعالى في قوله حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم الى قوله وبنات الاخ وبنات الاخت واما السبع من جهة السبب فامك التي ارضعتك لقوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم وكذلك ام امها وام ابيها وان علت وكذلك هي حرام على اولادك وان سفلوا وكذلك بناتها وبنات ابنائها وان سفلت لقوله تعالى واخواتكم من الرضاعة وكذلك عمته وخالته من جهة الرضاع وكل من يحرم عليه من جهة النسب يحرم عليه من جهة الرضاع قال عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب واما الاربع التي من جهة المصاهرة فام المراة حرام عليه سواء دخل بامراته او لم يدخل بها لقوله تعالى وامهات نسائكم سواء كن من جهة النسب او من جهة الرضاع وكذلك امهات ابيها وامهات امها وان علون وابنة الزوجة حرام عليه ان دخل بالام ومنكوحة الاب حرام اذا كان العقد جائزا واذا كان فاسدا فلا تحرم بمجرد العقد الا اذا اتصل الدخول بها او النظر الى الفرج بالشهوة او اللمس بالشهوة ومنكوحة الاب من الرضاع حرام لقوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وحليلة الابن حرام سواء كان الابن من جهة النسب او من جهة الرضاع واما المثنتان من جهة الجمع فاحداهما الجمع بين اكثر من اربع نسوة والثانية الجمع بين الاختين في عقد النكاح فان تزوجهما في عقد واحد فرق بينهما وبينه فان كان قبل الدخول فلا شي لها وان كان بعد الدخول وجب لكل واحدة الاقل من مهر مثلها ومن المسمى ثم لا يجوز ان يتزوج واحدة منهما حتى تنقضي عدة صاحبتها وان كان تزوجهما في عقدين متفرقين

فنكاح الاولى جائز ونكاح الاخرى باطل فيفرق بينه وبين الاخرى فان كان غير مدخول بها فلا شي لها وان كان قد دخل بها فلها الاقل من مهر مثلها ومن المسمى ولا يفسد نكاح الاولى بخلاف الام والابنة الا انه لا يطا الاولى حتى تنقضي عدة الاخرى وكذلك لا يجوز الجمع بين الاختين استمتاعا فاذا استمتع باحداهما لا يطا الاخرى ما لم يحرم فرج الاولى بالتزويج او بالاخراج عن ملكه واما الواحدة التي هي من جهة الكفر فهي مجوسية لا يجوز للمسلم ان يتزوجها وكذلك عبدة الاوثان بخلاف الكتابية كاليهودية والنصرانية فان تزوجها جائز عندنا والصابئة يجوز تزوجها عند ابي حنيفة خلافا لصاحبيه وقال ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي وجملة الامر فيه ان النكاح يحرم لسبعة معان منها ما يحرم بالوطي دون العقد مثل الوطي بملك اليمين والزنا ومنها ما يحرم بالعقد وان لم يكن وطي مثل حلائل الابنا وامهات النسا ومنها ما حرم بهما جميعا كالربايب ومنها ما حرم بالنسب ومنها ما حرم بالرضاع ومنها ما حرم جمعه كالجمع بين ذواتي رحم محرم ومنها ما حرم لكان تحت زوج **قوله** لقوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم والاستدلال بهذه الاية على حرمة الامهات ظاهر اما الاستدلال بها على حرمة الجدات فمن وجهين احدهما ان الجمع بين الحقيقة والمجاز على قول بعض مشايخنا جائز في محلين مختلفين فيثبت حرمة الجدات بهذه الاية كحرمة الامهات والثاني ان الام في اللغة هو الاصل منه ام القرى وام الدماغ فعلى هذا يتناول الاية الامهات والجدات حقيقة لانهن اصول وعلى المذهب المختار وهو ان الجمع بين الحقيقة والمجاز لا يجوز مطلقا تثبت حرمة الجدات بالاجماع او بالوجه الثاني ثم الجدة من قبل الرجال مثل ام الاب وان علت ومن قبل النسا مثل ام الام وان علت وكذلك ام اب الاب الام وان علون قربت الجدة او بعدت من قبل الرجال او النسا **قوله** ولا ببنته لما تلونا اراد به قوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم **قوله** ولا ببنت ولده اي ولا يحل له ان يتزوج ببنت ابنه ولا ببنت بنته وان سفلت للاجماع او لما ذكرنا من جواز الجمع بين الحقيقة والمجاز في محلين مختلفين على قول ذلك البعض **قوله** وتدخل فيها العمات المتفرقات والخالات لان المتفرقات وبنات الاخوة المتفرقين اي تدخل في الحرمة العمة لاب وام والعمة لاب والعمة لام وهن اخوات للاب والخالة لاب وام والخالة لاب والخالة لام وهن اخوات الام وبنت الاخ لاب وام وبنت الاخ لاب وبنت الاخ لام وكذلك الحكم في بنات الاخوات المتفرقات وذلك لان اسم العمة والخالة والاخ والاخت عام فيجري على عمومه ما لم يثبت دليل الخصوص فاما عمة الاب وعمة الام وخالة الاب وخالة الام فحرام بالاجماع ثم ان ولد العمة وولد الخالة حلال وولد الاخ والاخت حرام لان الله تعالى حرم ولد الاخ والاخت دون ولد العمة والخالة **قوله** ولا بام امراته التي دخل بابنتها او لم يدخل اعلم ان ام المراة حرام على الرجل دخل بابنتها او لم يدخل وهو مذهب عامة العلما وعامة الصحابة رضي الله عنهم لان قوله تعالى وامهات نسائكم مطلق عن قيد الدخول فيجري على اطلاقه وكان ابن عباس رضي الله عنه يقول ام المراة مبهمة فابهموا ما ابهم الله تعالى والمراد بالابهام الاطلاق وحدث مالك بن انس في الموطا عن يحيى بن سعيد انه قال سيل زيد بن ثابت رضي الله عنه عن رجل تزوج امراة ففارقها قبل ان يصيبها هل تحل له امها فقال زيد بن ثابت لا الام مبهمة ليس فيها شرط وانما الشرط في الربايب وحدث مالك ايضا في الموطا انه بلغه عن غير واحد ان ابن مسعود رضي الله عنهما استفتي وهو بالكوفة عن نكاح الام بعد

البنت اذا لم تكن البنت مست فارخص ابن مسعود في ذلك ثم ان ابن مسعود قدم المدينة فسال عن ذلك فاخبر انه ليس كما قال وانما الشرط في الربايب فرجع ابن مسعود الى الكوفة ولم يصل الى منزله حتى اتى الرجل سأله فامره ان يفارق امراته وقال داود الاصفهاني ومحمد بن شجاع وبشر المريسي ان الام لا تحرم بنفس العقد على البنت ما لم يوجد الدخول بالبنت وحكوا هذا المذهب عن علي رضي الله عنه كذا في التحفة قال شمس الائمة السرخسي في المبسوط وهو احد قولي الشافعي **قوله** ولا بنت امراته التي دخل بها اعلم ان الحرمة في الربيبة لا تثبت بنفس العقد على الام ما لم يدخل بالام بخلاف الضابط هنا نكاح البنات يحرم الامهات ودخول الامهات يحرم البنات والاصل فيه قوله تعالى وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم ثبت ان الدخول بالامهات شرط الحرمة في البنات وتفسير الحجر ان تزف البنت مع الام الى بيت زوج الام اما اذا كانت البنت مع الاب لم تكن في حجر زوج الام قال في الكشاف فان قلت ما معنى دخلتم بهن قلت هي كناية عن الجماع كقولهم بنى عليها وضرب عليها الحجاب يعني ادخلتموهن الستر والباء للتعدية ثم الحجر هل هو شرط كالدخول ام لا قال عامة الصحابة رضي الله عنهم ليس بشرط وروي عن علي رضي الله عنه ان البنت لا تحرم على الزوج الا اذا كانت في حجره لان النص قيد بالدخول وبكونها في الحجر وبه اخذ داود الاصفهاني والصحيح قول العامة لان الحجر لم يذكر على وجه الشرط بل على وفاق العادة لان العادة الفاشية ان تكون البنت مع الام في بيت الزوج ولهذا لم يذكر في موضع الاحلال بل اكتفى بنفي الدخول فقيل فان لم تكونوا دخلتم بهن ولم يقل ولم يكن في حجوركم فعلم ان الحجر لم يذكر على وجه الشرط بل على العادة كما في قوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا وولد المراة من غير زوجها يسمى ربيبا اذا كان ذكرا وربيبة اذا كانت انثى لانه يرب ولدها كما يرب ولده في الغالب فجرى الاتباع في التسمية بعد ذلك وان لم يوجد التربية وكذا لا يجوز له ان يتزوج ببنات بنت المراة ولا ببنات ابن المراة اذا دخل بالمراة **قوله** قال ولا بامراة ابيه واجداده اي قال القدوري ولا يحل للرجل ان يتزوج بامراة ابيه واجداده اعلم ان منكوحة الاب حرام سواء كان الاب من جهة النسب او من جهة الرضاع اما من جهة النسب فلقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم واما من جهة الرضاع فلقوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب هذا اذا كان النكاح صحيحا اما اذا كان فاسدا فلا تحرم على الابن الا اذا وجد الدخول او النظر الى الفرج عن شهوة او اللمس عن شهوة واما منكوحة الجد فحرام سواء كان من قبل الرجال او من قبل النساء وان علا لهذه الاية على قول من يجوز الجمع بين الحقيقة والمجاز في محل واحد وهذا لان الجد يسمى ابا مجازا وعلى قول من لا يجوز ذلك يثبت الحرمة بالاجماع ثم اعلم ان النهي المطلق عن الشرعي يكون لمعنى في غيره فيكون مشروعا بعد النهي كما في صوم يوم العيد الا اذا دل الدليل على خلافه فيكون لعينه فلا يكون مشروعا بعد النهي كما في هذه الاية لان سياق الاية وهو قوله تعالى انه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا دل على ان النهي لعينه وقد بيناه في شرح الاصول **قوله** ولا بامراة ابنه وبني اولاده اعلم ان حليلة الابن حرام على الاب دخل بها الابن او لم يدخل وكذا حليلة ابن الابن وحليلة ابن البنت وان سفلوا والاصل فيه قوله تعالى وحلائل ابنائكم الذين من اصلابكم بانه ان الحلائل ذكرت مطلقة عن قيد الدخول فيعمل باطلاقها ثم عندنا لا يتفاوت الامر بين ان يكون الابن من النسب او من الرضاع وقال

في المبسوط وعند الشافعي لا تحرم حليلة الابن من الرضاع بناء على اصله ان لبن الفحل لا تحرم واستدل لا بقوله تعالى من اصلابكم ولكنا نقول ذكر الصلب لاسقاط اعتبار التبني لا لاحلال حليلة الابن من الرضاع والدليل عليه قوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وهذا لان التبني قد انتسخ بقوله تعالى وما جعل ادعياءكم ابناءكم ذلكم قولكم بافواهكم والله يقول الحق وهو يهدي السبيل ادعوهم لابائهم هو اقسط عند الله نزلت في زيد بن حارثة وكان عبدا لرسول الله صلى الله عليه وسلم فاعتقه فتبناه قبل الوحي فلما تزوج النبي صلى الله عليه وسلم زينب بنت جحش وكانت تحت زيد بن حارثة قال اليهود والمنافقون تزوج محمد امراة ابنه وهو ينهى الناس عنها وحدث البخاري باسناده الى سالم عن عبد الله بن عمر ان زيد بن حارثة مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم ما كنا ندعوه الا زيد بن محمد حتى نزل القران ادعوهم لابائهم هو اقسط عند الله فثبت ان التقييد بالصلب لدفع طعن اليهود والمنافقين لا لاحلال حليلة الابن الرضاعي فان قلت كيف تحرم حلائل بني الاولاد والله تعالى قيد بالاصلاب قلت مثل ذلك جائز في الاستعمال باعتبار ان الاصل من الصلب كما في قوله تعالى هو الذي خلقكم من تراب والمخلوق من التراب هو الاصل وهو ادم لا بنوه ومع هذا خاطبهم بانه خلقهم من تراب وحليلة الرجل زوجته وجمعها حلائل **قوله** ولا بامه من الرضاعة ولا باخته من الرضاعة والاصل فيه قوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة اعلم ان زوج المرضعة التي نزل لها منه لبن بمنزلة الاب للرضيع وبناته التي ليست منها بمنزلة الاخوات من قبل الاب واولادها الذين ليسوا منه بمنزلة الاخوة والاخوات من قبل الاب والام وكذلك عمته من الرضاع وخالته من الرضاع حرام عليه والاصل فيه ما روي في الموطا وغيره مسندا الى عائشة رضي الله عنها ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال يحرم من الرضاع ما يحرم من الولادة وفي الجامع الترمذي مسندا الى علي بن ابي طالب رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الله حرم من الرضاع ما حرم من النسب **قوله** ولا يجمع بين الاختين نكاحا ولا بملك يمين وطئا والاصل فيه قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين الا ما قد سلف وهو معطوف على المحرمات اي وحرم عليكم جمعكم بين الاختين وقوله الا ما قد سلف اي لكن ما مضى مغفور بدليل قوله ان الله كان غفورا ثم الجمع بين الاختين نكاحا لا يجوز بالاجماع اما الجمع بينهما وطئا بملك اليمين فلا يجوز ايضا على ما عليه عامة الصحابة رضي الله عنهم وروي عن عثمان رضي الله عنه انه قال نحل ذلك ولكن لا احب ان اصنع ذلك وقال احلتهما اية وحرمتهما اية واراد باية التحريم هذه الاية واراد باية الاحلال قوله تعالى او ما ملكت ايمانكم ووجه قول العامة ان المحرم مع المبيح اذا اجتمعا فالمحرم اولى لان موافقة المحظور توجب اللوم وترك المباح لا يوجب اللوم **قوله** فان تزوج اخت امة له قد وطئها صح النكاح لصدوره من اهله مضافا الى محله اعلم ان تزوج اخت الامة الموطوءة يجوز عندنا سواء كانت الاخت امة او حرة لصدور ركن النكاح من اهله مضافا الى محله ونعني بالركن الايجاب والقبول وبالاهل العاقل البالغ الحر وبالمحل الانثى اذا كانت محللة وقال مالك هو باطل لان التزوج بمنزلة الوطء فيصير جامعا بين الاختين وطئا فلا يجوز قلنا ان التزوج نفسه ليس بوطء لا حقيقة ولا حكما وانما تعتبر المتزوجة موطوءة حكما باعتبار حكم التزوج وهو حل الوطء لا باعتبار نفس التزوج فصح التزوج لعدم الجمع بين الاختين حين وجود التزوج ثم بعد التزوج لما ثبت حكم الوطء

لم يجز ابطال النكاح بعد صحته لكن لا يجوز له وطي المنكوحة حتى لا يلزم الجمع بين الاختين وطيا
لان الاخرى موطوءة ولا يجوز له وطي الموطوءة ايضا المنكوحة بمنزلة الموطوءة بحكم النكاح
بعد الصحة الا اذا حرم الموطوءة على نفسه باعتاق او بيع او هبة وتسليم او تزويج وما اشبه
ذلك فحينئذ يطا المنكوحة اما اذا لم يكن وطي المملوكة فله ان يطا المنكوحة بدون تحريم المملوكة
لانه لا يصير جامعا بينهما وطا لكن ليس له ان يطا المملوكة كيلا يصير جامعا وكذا الحكم فيما اذا
تزوج اخت ام ولده **قوله** فان تزوج اختين في عقدتين ولا تدري ايتهما اولى فرق بينه وبينهما
انما قيد بقوله في عقدتين لانه اذا تزوجهما في عقدة واحدة يبطل نكاحهما بالطريق الاولى للزوم
الجمع بين الاختين اما اذا تزوجهما في عقدتين فلا يخلو اما ان يعلم الاولى منهما او لا فان علمت
فنكاح الاولى جائز ونكاح الثانية باطل لانه يكون جامعا بين الاختين بالثانية فيؤمر بالتفريق
بينهما فان كان دخل بها فلها الاقل من المسمى ومن مهر المثل وعليها العدة لان الدخول حصل له
بشبهة صورة النكاح فسقط به الحد فيجب المهر والعدة كما اذا زفت اليه غير امراته وان لم يكن
دخل بها فلا مهر لها ولا عدة عليها وله ان يقرب الاولى اما وجوب الاقل فهو مذهبنا وقال
زفر يجب مهر المثل بالغا ما بلغ كالمقبوض بحكم الشراء الفاسد حيث يجب قيمته بالغة ما بلغت
فكذلك المستوفى بالنكاح الفاسد ولنا ان المستوفى بالوطي انما يتقوم بالعقد لانه ليس له
متقوم في نفسه فاذا ثبت التقوم بالعقد ثبت بقدر ما سمى الا ان مهر المثل اذا كان اكثر من
المسمى لا يجب الاكثر لانعدام التسمية ولتمام التراضي على قدر المسمى واذا كان اقل لا يجب المسمى لعدم
صحة التسمية بخلاف المبيع فانه مال متقوم في نفسه فبدله يتقدر بالقيمة وانما يصار الى المسمى
اذا صحت التسمية واذا لم تصح كان مضمونا بالقيمة ثم يعتزل امراته حتى تنقضي عدة الاخرى سواء
دخل بالاولى او لم يدخل كيلا يصير جامعا ماءه في رحم الاختين لان رحم المعتدة مشغول بمائه
حكما ولكن مع هذا لو وطيها في عدة الاخرى لا يبطل اصل النكاح لان اشتغال رحم الثانية به
عارض على شرف الزوال وان لم تعلم الاولى منهما يفرق بينه وبينهما جميعا لانه لا وجه لتصحيح
النكاح فيهما جميعا لان الجمع بين الاختين حرام بالنص ولا وجه لتصحيح نكاح احداهما ايضا بعينها لان
احداهما ليست باولى من الاخرى ولا وجه لتصحيح النكاح في احداهما بغير عينها لان النكاح في المجهولة
لا يصح لعدم الفائدة وهو حل القربان او للضرر بالمراة لانها تكون معلقة لا ذات زوج ولا ايمة
قال في شرح الطحاوي ويلزم على الزوج نصف المهر فيكون بينهما ثم قال وروي عن ابي يوسف
انه قال لا يجب على الزوج شيء من المهر ثم قال وروي عن ابي يوسف انه قال لا يجب على الزوج له
شيء من المهر ثم قال وروي عن محمد انه قال يجب عليه المهر لكل واحدة كاملا ووجه رواية
النصف وهي رواية الاصل في كتاب النكاح ان نكاح احداهما صحيح بانفراده ونكاح الاخرى
فاسد وقد حصل التفريق بين الزوج وبين صحيحة النكاح قبل الدخول فيتنصف المهر
وليست احداهما باولى من الاخرى فاشتركا فيه ووجه ما روي عن محمد ان الزوج اقر بصحة
نكاح احداهما ولم يطلقها فيجب تمام المهر ووجه ما روي عن ابي يوسف ان المقضي لها
مجهول فصار كرجل قال لرجلين لاحدكما علي الف لم يجب شيء كذا هذا والتفريق القاضي له
كالطلاق من الزوج فلا يصح لقوله يطلقها ثم العدة في النكاح الفاسد يجب من وقت
التفريق بينهما وقال زفر من اخر الوطيات حتى لو حاضت بعد الوطي قبل التفريق ثلاث حيض
تنقضي عدتها وذلك لان النكاح الفاسد ملحق بالصحيح لانه الاصل وفي الصحيح يعتبر العدة من

دفن

وقت الفرقة فكذا في الفاسد ثم بعد التفريق اذا وطيها يجب الحد اما النسب في النكاح الفاسد فانه
يثبت الى ستة اشهر من وقت النكاح عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد من وقت الدخول الى
ستة اشهر وهو اختيار الفقيه ابي الليث في النوازل لان النكاح الصحيح انما قام مقام الوطي لانه
داع اليه شرعا والنكاح الفاسد ليس بداع فلا يقام مقامه **قوله** ولها نصف المهر اي له
لهما بين جميعا نصف المهر لان احداهما لو كانت سابقة يكون لها نصف المهر وان كانت متاخرة
فلا شيء لها فيتنصف النصف فيكون الربع لكل واحدة منهما **قوله** وقيل لا بد من دعوى له
كل واحدة منهما او الاصطلاح لجهالة المستحقة قال فخر الاسلام البزدوي في شرح له
الجامع الصغير قال الفقيه ابو جعفر معنى هذا اذا ادعت كل واحدة منهما انها الاولى
ولا حجة لها وقد عرفنا ان احداهما اولى لكن لما لم نعرف الاولى منهما وجب التفريق لان
نكاح احداهما باطل بيقين فلما وجب التفريق قبل الدخول لم يجب للاخرة مهر ووجب
للاولى نصف مهر وليست احداهما احق به فصار بينهما فاما اذا قالتا لا ندري اي النكاحين
اول لم يقض القاضي لهما بشيء حتى يصطلحا على اخذ نصف المهر لان الحق وجب للمجهول فلا
بد من الدعوى والاصطلاح ليقضي لهما بشيء **قوله** ولا يجمع بين المراة وعمتها او خالتها او ابنة
اختها او ابنة اخيها والاصل فيه ما حدث صاحب السنن مسندا الى عامر عن ابي هريرة رضي
الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تنكح المراة على عمتها ولا العمة على ابنة اخيها ولا
المراة على خالتها ولا الخالة على ابنة اختها وحدث البخاري باسناده الى الشعبي سمع جابرا قال نهى
رسول الله صلى الله عليه وسلم ان تنكح المراة على عمتها او خالتها وحدث مالك في الموطا عن ابي
الزناد عن الاعرج عن ابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يجمع بين المراة وعمتها
ولا بين المراة وخالتها فان قلت ما فائدة قوله ولا العمة على ابنة
اخيها وقد فهم حرمة الجمع بينهما من قوله لا تنكح المراة على عمتها وما فائدة قوله ولا الخالة على ابنة
اختها وقد فهم حرمة الجمع بينهما من قوله ولا المراة على خالتها قلت
فائدته حرمة الجمع بينهما كيف كان سواء سبق نكاح هذه على تلك او نكاح تلك على هذه وليس ذلك
كالجمع بين نكاح الامة والحرة لانه اذا سبق نكاح الامة يجوز وان تاخر فلا يجوز فان قلت
قال تعالى بعد ذكر المحرمات واحل لكم ما وراء ذلكم فعلى عموم هذه الاية ينبغي ان يجوز الجمع
بين المراة وعمتها وخالتها فكيف جاز تخصيص عموم الكتاب بخبر الواحد قلت
لا نسلم انه خبر الواحد بل هو مشهور لاستفاضته في الامة واستعمال الناس بحكمه وخلاف
عثمان البتي لا يعتد به على من تقدمه وتلقته الامة بالقبول فيجوز الزيادة به على الكتاب
وقد رواه جماعة علي وابو هريرة وابن عمر وابو سعيد وعبد الله بن عمرو وابو امامة
وجابر وعائشة وابو موسى وسمرة بن جندب كذا ذكره الترمذي في جامعه ولئن سلمنا انه
خبر الواحد فلا نسلم ان خبر الواحد لا يجوز تخصيص العموم به فيجوز على احد القولين
عن مشايخ سمرقند وذلك قياس قول الشافعي قول المعتزلة اما على القول الاصح وان كان
لا يجوز التخصيص به فنقول ذاك في عام لم يخص منه البعض وما نحن فيه فقد خص منه البعض
لانه خصت المجوسية والوثنية فيخص المتنازع بخبر الواحد او نقول قال الجصاص في
اصوله ان قوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم ليس بعموم بل هو مجمل موقوف الحكم على البيان
لان الاباحة فيه معلقة بشرط الاحصان بقوله محصنين غير مسافحين والاحصان لفظ

يحمل فجاز تخصيصه بخبر الواحد وقال عثمان البتي الجمع فيما سوى الاختين من ذوات
الارحام ليس بحرام واستدل بقوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم وهو محجوج بهذا الحديث
قوله ولا يجمع بين امراتين لو كانت احداهما رجلا لم يتزوج بالاخرى فلو قال لو كانت كل
واحدة منهما رجلا كما هو لفظ بعض نسخ القدوري لكان اولى لان الشرط ان يتصور الرجل
من كل جانب لا من جانب واحد والا ينتقض هذا الكلي بالمسئلة التي تليه وهي مسئلة الجمع بين
المراة وابنة زوج كان لها من قبل اعلم ان الاصل هنا ان كل امراتين لو كانت كل واحدة منهما
ذكرا والاخرى انثى لا يحل النكاح لا يجوز الجمع بينهما كالجمع بين المراة وعمتها والمراة وخالتها
والجمع بين الام والبنت وهذا لان الله تعالى ذكر في المحرمات الجمع بين الاختين وعلة
الحرمة فيه قطع الرحم وهذا المعنى يوجد في المسايل اشتمل عليها الكلي فتثبت الحرمة
فيها مثل ثبوتها في الاختين بيانه ان الله تعالى حرم الجمع بين الاختين لما ان بينهما رحما
يفترض وصلها ويحرم قطعها فلو جاز الجمع لزم قطع الرحم الذي بيننا من العداوة
الظاهرة بين الضراير وهذا المعنى موجود في الجمع بين الام والبنت وما شابه ذلك مما
ذكرنا فيحرم الجمع وهذا معنى قوله والقرابة المحرمة للنكاح محرمة للقطع يعني ان القرابة
المحرمة للنكاح في الجمع بين الاختين محرمة لمعنى القطع اي العلة فيه قطع الرحم قوله
ولو كانت المحرمية بينهما بسبب الرضاع يحرم اي لو كانت المحرمية بين المراتين بسبب الرضاع
يحرم الجمع ايضا كالجمع بين المراة وعمتها الرضاعية والجمع بين المراة وخالتها من الرضاع والجمع
بين المراة ومرضعتها لقوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وهو المراد
بقوله لما روينا من قبل قوله ولا باس بان يجمع بين امراة وابنة زوج كان لها من قبل
واراد بابنة الزوج ابنته من امراة اخرى وقوله كان لها من قبل صفة نكرة وهي زوج
والضمير في لها راجع الى المراة اي لا باس بالجمع بين المراة وبنت زوجها الاول من امراة اخرى
وقال ابن ابي ليلى لا يجوز وهو قول زفر رحمه الله قول زفر وجهه ان البنت لو قدرت ذكرا
لا يجوز له التزوج بهذه المراة لانها منكوحة الاب فلا يجوز الجمع بينهما لان كل امراتين لو
فرضت احداهما ذكرا لم يجز المناكحة بينهما لا يجوز الجمع بينهما كالجمع بين الاختين ولنا ان القرابة
المحرمة للنكاح محرمة لمعنى قطع الرحم فلا يوجد هذا المعنى ها هنا بين المراتين لانه لا قرابة
بينهما ولا رضاع فيجوز الجمع ولهذا لو فرضت المراة ذكرا يجوز له تزوج البنت لانه لا يوجد
بينهما اصلا وانما لم يجز تزوج البنت لو قدرت ذكرا بهذه المراة لمعنى المصاهرة لا لمعنى
قطع الرحم فلا يكون الجمع بينهما مفضيا الى قطيعة الرحم واستدل اصحابنا في هذه المسئلة في
المبسوط وغيره بان عبد الله بن جعفر جمع بين امراة علي رضي الله عنه وابنته قوله
ومن زنى بامراة حرمت عليه امها وابنتها اعلم ان الوطي الحلال بملك يمين او نكاح يوجب
حرمة المصاهرة بالاتفاق وكذلك الزنا عندنا حتى لو وطي ام امراته او ابنتها حرمت
عليه امراته وكذا اذا زنى بامراة حرمت عليه امها وبنتها وكذلك المزني بها تحرم على اصول
الزاني وفروعه وتحرم المزني على اصولها وفروعها وقال الشافعي الزنا لا يوجب حرمة
المصاهرة لانها نعمة فلا تثبت بالحرام والمحظور ولهذا اعلل الشافعي في كتابه فقال النكاح
امر حمدت عليه والزنا امر رجمت عليه فاني يستويان ولنا قوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح
اباؤكم من النساء الاية بيانه ان النكاح مشترك في الوطي والعقد كما بيناه في اول كتاب

النكاح والمشترك له عموم في موضع النفي فلا تحل موطوءة الاب كما لا تحل معقودة الاب ولهذا
لم تحل موطوءة الاب بملك اليمين للابن بهذه الاية فعلم ان موطوءة الاب حرام كالمعقودة ثم
الوطي يشمل الحلال والحرام جميعا ولان الوطي في الملك انما يوجب حرمة المصاهرة لا
لمعنى الملك بل لمعنى الجزئية بيانه ان الوطي سبب للولد وهو حصل من ماء الرجل والمراة
جميعا وما كل واحد منهما جزءه وبعضه فبعدما اختلط الماءان صار الولد بجميعه بعضا فانما
الى كل واحد من الرجل والمراة فيثبت الاتحاد بين الواطي والموطوءة حكما بواسطة الولد
فتعدت شبهة البعضية الى الاصول والفروع من الجانبين لان الشبهة تعمل عمل الحقيقة
في باب الحرمات فصار اصولها وفروعها حراما عليه كاصوله وفروعه واصوله وفروعه
حراما عليها كاصولها وفروعها لان الاستمتاع بالجزء حرام وانما لم يعتبر هذه البعضية بين
الواطي والموطوءة حتى لم تحرم هي عليه بوطاة واحدة لان البعضية الحكمية عملها كعمل البعضية
الحقيقية وتلك لا عمل لها في موضع الضرورة فكذا هذه الا ترى ان حوا خلقت من ادم عليه
السلام فكانت بعضه ومع هذا كانت حلالا له لضرورة التوالد فكذا الموطوءة حلال
للواطي بعدما وطيها وان كان حصل شبهة البعضية بينهما لضرورة التوالد والتناسل
فانها اذا حرمت بوطاة واحدة لا يحصل من النكاح ما هو المقصود منه وهو التوالد وحاصله
انا لم نعتبر البعضية لا حقيقة ولا شبهة في موضع الضرورة لان مواضع الضرورة مستثناة
من الحرمة وانما اعتبرناها في غير موضع الضرورة فان قلت
ان الشافعي ربما يتمسك بقوله عليه السلام الحرام لا يحرم الحلال قلت
لا نسلم انه صحيح ولئن صح فهو متروك الظاهر لا يحتج به وذلك لان الحرام يحرم الحلال كما اذا
وقعت قطرة خمر في ماء قليل فيحمل على ما روي عن عطاء في تاويله انه قال انما اراد به الرجل يزني
بالمراة ثم يتزوجها فقال لا يحرم الوطي بالزنا العقد الحلال ثم حرمة المصاهرة عبارة عن
ثبوت حرمات اربعة حرمة الموطوءة على ابا الواطي وان علوا وحرمتها على اولاده وان سفلوا
وحرمة امها عليه الواطي وان علون وحرمة بناتها عليه وان سفلن قوله والوطي محرم من
حيث انه سبب الولد لا من حيث انه زنا والمحرم بكسر الراء وهذا جواب لقول الشافعي ان
حرمة المصاهرة نعمة فلا تنال بالمحظور بيانه ان الوطي يثبت حرمة المصاهرة لا من حيث
انه زنا بل من حيث انه سبب الولد المخلوق من الماءين والولد محترم داخل تحت قوله
تعالى ولقد كرمنا بني ادم فليس فيه صفة القبح لانه مخلوق بخلق الله تعالى على اي وجه
اجتمع الماءان في الرحم الا ترى الى قوله تعالى ثم انشاناه خلقا اخر فلما لم يكن في الاصل
وهو الولد صفة القبح صار المنظور اليه هو الذي قام مقامه وهو الوطي كالتراب
لما قام مقام الماء عند عدمه صار المنظور اليه صفة الماء في اثبات الطهارة لا صفة التراب
التي هي تلويث فلم يرد علينا قول الشافعي ان الزنا محظور لا يثبت به ما سبيله النعمة
والكرامة لان الزنا ليس بمنظور اليه في ايجاب حرمة المصاهرة فافهم قوله ومن
مسته امراة بشهوة حرمت عليه امها وبنتها وهذه من خواص مسايل الجامع الصغير
وعند الشافعي لا يثبت حرمة المصاهرة وعلى هذا الخلاف اذا مسها الرجل بشهوة في ساير
الاعضاء او نظر الى فرجها الداخل عن شهوة دون ساير الاعضاء او نظرت هي الى ذكره عن شهوة
قال شمس الايمة السرخسي رحمه الله لو نظر الى فرجها بشهوة يثبت به الحرمة عندنا استحسانا

وفي القياس لا يثبت وهو قول ابن ابي ليلى والشافعي وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا مس الرجل
امته عن شهوة او قبلها عن شهوة لا يجوز له ان يتزوج بنتها عندنا وكذا لو تزوج امراة وقبلها
بشهوة ثم ماتت او طلقها لا يحل له نكاح بنتها عندنا خلافا للشافعي وجه قوله ان المس والنظر
عن شهوة ليسا في معنى الوطي فلا يثبت بهما حرمة المصاهرة ولهذا لا يتعلق بهما فساد
الصوم وفساد الاحرام ووجوب الغسل واستحسن اصحابنا بما روي عن الصحابة رضي
الله عنهم بالاثار المنقولة في المبسوط وهي ما روي عن ام هاني ان النبي صلى الله عليه وسلم
قال من نظر الى فرج امراة بشهوة حرمت عليه امها وابنتها وعن عمر رضي الله عنه انه جرد
جارية له ونظر اليها ثم استوهبها منه بعض بنيه فقال اما انها لا تحل لك وعن ابن عمر
رضي الله عنه قال اذا جامع الرجل المراة او قبلها بشهوة او لمسها بشهوة او نظر الى فرجها
بشهوة حرمت على ابيه وابنه وحرمت عليه امها وابنتها ولان كل واحد من المس والنظر عن
شهوة سبب داع الى الوطي فيقام مقام الوطي في اثبات حرمة المصاهرة احتياطا لانها
اسرع ثبوتا من غيرها ولهذا تثبت بالعقد **قوله** فلا يلحقان به اي فلا يلحق المس والنظر
بالوطي **قوله** ثم المس بشهوة ان ينتشر الالة او يزداد انتشارا هو الصحيح قال في خلاصة
الفتاوى وبه يفتى ومعناه ان يتحرك الذكر ان لم يكن متحركا قبل ذلك فان كان متحركا قبل ذلك
فان يزداد شدته وانما قال هو الصحيح لان فيه اختلافا بين علمائنا رحمهم الله قال شمس الايمة
السرخسي رحمه الله في المبسوط معنى الشهوة المعتبرة في المس والنظر ان ينتشر الالة او
يزداد انتشارا فاما مجرد الاشتهاء بالقلب فغير معتبر الا ترى ان هذا القدر يكون من الشيخ
الكبير الذي لا شهوة له وهو مذهب خواهر زاده قال صدر الاسلام البزدوي في مبسوطه
ثم المس بشهوة والنظر الى الفرج بشهوة عند بعضهم ان ينتشر الالة وعند بعضهم ان
يشتهي بالقلب ولا يعرف ذلك الا بقوله والاعتماد على القول الثاني لان من الناس من
لا ينتشر آلته اصلا وقال في تحفة الفقهاء وهو امر لا يقف عليه الا اللامس والناظر
يعرف باقراره اما حركة الالة والانتشار فليس بشرط ثم قال وهو الاصح فان المس عن
شهوة يتحقق من العنين ولا ينتشر آلته وكذا المجبوب لا آلة له ويتحقق منه المس والنظر
عن شهوة **قوله** والمعتبر النظر الى الفرج الداخل ولا يتحقق ذلك الا عند اتكائها اي لا
يتحقق النظر الى الفرج الداخل الا اذا كانت المراة متكية اما اذا كانت قاعدة مستوية او قايمة
لا تثبت الحرمة بالنظر كذا ذكر شمس الايمة في المبسوط وقال في خلاصة الفتاوى اختلف
المشايخ فيه قال بعضهم النظر الى الفرج المدور وقال بعضهم الى موضع الحمرة ثم قال والاصح
النظر الى موضع الشق عن شهوة وقال فخر الاسلام في الزيادات من نظر مرارا الى
موضع الجماع من دبرها بشهوة لم تحرم عليه امها وبنتها بخلاف النظر الى قبلها وكذلك النظر
الى موضع الجماع من دبر الغلام بشهوة لا يوجب الحرمة وكذلك الفعل بالغلام لا يوجب
حرمة المصاهرة ولا تحرم عليه امه وبنته لان حرمة المصاهرة انما تثبت بصفة
انه سبب للولد وحرث له وهذا المعنى لم يوجد ودل هذا على ان حرمة المصاهرة انما
تثبت بالنظر الى موضع الجماع خاصة من اقبال النساء فاما الى ما حوله فلا الى هنا لفظ الزيادات
قوله ولو مس فانزل فقد قيل يوجب الحرمة والصحيح انه لا يوجبها فيه اختلاف المشايخ
والذي عليه شمس الايمة السرخسي وفخر الاسلام البزدوي فهو انه لا يوجب حرمة المصاهرة

لانه

لانه بعد الانزال لم يبق سببا الى الجماع قال الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير في باب
الصوم وعليه الفتوى **قوله** وعلى هذا اتيان المراة في الدبر اي انه ليس بموجب حرمة
المصاهرة لانه ليس بمفض الى الوطي الذي هو سبب الى الولد **قوله** واذا طلق الرجل
امراته طلاقا باينا او رجعيا لم يجز له ان يتزوج باختها حتى تنقضي عدتها اعلم انه لا يجوز نكاح
المعتدة من غيره على اي وجه لزمتها العدة لقوله تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ
الكتاب اجله ويجوز لصاحب العدة ان يتزوج فهالان منعها عن التزوج لصون ماء صاحب
العدة فلا يجوز منعه عن نكاحها اما اذا اراد ان يتزوج باختها او بعمتها او خالتها او باربع
سواها في عدتها فقال اصحابنا لا يجوز سواء كانت العدة بنكاح فاسد او جايز عن طلاق
رجعي او باين وقال الشافعي ان كانت معتدة عن طلاق باين مثل الطلاق على مال او عن
ثلاث يجوز تزوج اختها وما في معناها وتزوج اربع سواها وانما قيدنا بالطلاق على مال
لان الثلاث عنده رواجع وان كانت معتدة عن طلاق رجعي لا يجوز له ان نكاح المعتدة
انقطع من كل وجه بالباين والثلاث ولهذا يجب عليه الحد اذا جامعها مع العلم بالحرمة
فيجوز تزوج اختها واربع سواها ولنا ان اثر النكاح باق فلو جاز تزوج اختها يلزم الجمع
بين الاختين فلا يجوز لقوله عليه السلام من كان يومن بالله واليوم الاخر فلا يجمعن ماءه
في رحم الاختين وانما قلنا ان اثر النكاح باق بدليل وجوب النفقة والسكنى والمنع عن
الخروج والبروز والتزوج بزوج اخر وثبوت نسب ولدها اذا جاءت به لاقل من سنتين ولان بقاء العدة معنى
يمنع احد الزوجين عن التزوج لحق صاحبه اعني عن الازواج فيمنع الاخر ايضا وهو التزوج ولا نسلم
القاطع بالكلية في الحال لان العلة جاز ان توجد ويتراخى حكمها الى الزمان الثاني كما في الطلاق
الرجعي ولا نسلم وجوب الحد ايضا لانه لا يجب على اشارة كتاب الطلاق تعليقا بثبات النسب
الى سنتين ولين سلمنا وجوب الحد على ما هو الصريح في كتاب الحدود فذاك باعتبار ان الملك زال في
حق الحل فوجب الحد لتحقق الزنا بنسخ ما في محل محترم محرم لا ان النكاح لم يبق اثره اصلا فلا يبقى
اثار النكاح مما ذكرنا لم يجز تزوج الاخت واربع سواها قال في شرح الطحاوي ولو اعتق ام ولده
ووجبت عليها العدة ثلاث حيض ثم تزوج اختها في عدتها او اربعا سواها من الاجنبيات فعند
زفر لا يجوز كلاهما وعند ابي يوسف ومحمد يجوز كلاهما وابو حنيفة فرق بينهما فقال نكاح الاخت
لا يجوز ونكاح الاربع يجوز واذا تزوج الامة في عدة حرة من طلاق رجعي لم يجز وان كان الطلاق
باينا فكذلك عند ابي حنيفة وعندهما يجوز وقد عرف في المنظومة وشرحها **قوله** والفراش
اراد به كون المراة بحال لو جاءت بولد يثبت نسبه منه وهنا كذلك ما دامت العدة **قوله**
والقاطع تاخر عمله ولهذا بقي القيد هذا جواب عن قول الشافعي يجوز لانقطاع النكاح بالكلية اعمالا
للقاطع فقال في جوابه القاطع للنكاح وهو الطلاق الباين تاخر عمله الى انقضاء العدة بدليل ان
القيد بقي في المراة كما كان قبل الطلاق ولهذا لا يجوز ان يتزوج المعتدة في العدة غير الزوج فلما كان
القيد باقيا لا يجوز تزوج اختها في عدتها كيلا يصير جامعا بين الاختين **قوله** ولم يرتفع في حق
ما ذكرنا اي لم يرتفع الملك في حق وجوب النفقة والمنع عن الخروج والبروز والتزوج بزوج اخر
وفي حق ثبوت النسب **قوله** ولا يتزوج المولى امته ولا المراة عبدها وقال نفاة القياس يجوز
كذا في شرح الاقطع وذلك لان المولى مالك بضع الامة بملك اليمين فلو جاز ان يتزوجها يلزم تحصيل
الحاصل فلا يجوز والمراة بجميع اجزائها مالكة لعبدها فلو تزوجته يلزم ان يكون العبد مالكا لبضعها

فتكون المراة ببعضها مملوكه فلا يجوز للتنافي لان المالكية اثر كون الشخص قاهرا والمملوكية
اثر كونه مقهورا وبينهما تناف فان قلت ـــــــــــــــ لا نسلم التنافي لاختلاف
الجهتين لان كونها مالكة بجهة ملك اليمين وكونها مملوكة بجهة ملك المتعة قلت ـــــــــــــــ
هذه مغالطة بل الجهة متحدة فيلزم التنافي بيانه ان كون المراة مالكة بجميع اجزايها بالنسبة
الى العبد وكون بضعها مملوكا بالنسبة الى العبد ايضا فلا يتفاوت بعد ذلك ان يكون سبب
المالكية والمملوكية مختلفا او نقول ان النكاح شرع مثبتا للحقوق بين الزوجين على الشركة وتلك
الحقوق لا يثبت على المولى لامته ولا على المراة لعبدها لتناف بين المالكية والمملوكية فلا يجوز
هذا النكاح وكذلك لو ملك احدهما صاحبه او شقصا منه النكاح فسد النكاح لوجود التنافي
قوله لان النكاح ما شرع الا مثمرا ثمرات مشتركة ولهذا كان لها ان تطالبه بالوطي
كما له ان يطالبها بالتمكين كذا في الايضاح ويثبت الارث لكل واحد من الزوجين من الاخر
وحل الاستمتاع بالاخر قوله ويجوز تزوج الكتابيات وهذا مذهبنا وعند الشافعي
لا يجوز لما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما انه كان يقول ان الكتابية مشركة ولنا قوله تعالى
في سورة المايدة والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم اراد به الحراير او العفايف
عن الزنا وهو معطوف على قوله تعالى اليوم احل لكم الطيبات وطعام الذين اوتوا الكتاب
حل لكم وطعامكم حل لهم وقال محمد بن الحسن في المبسوط بلغنا عن حذيفة بن اليمان انه
تزوج يهودية وذكر شمس الايمة السرخسي في شرح الكافي وكذلك كعب بن مالك تزوج يهودية
وقوله ان الكتابية مشركة ضعيف لان الله تعالى عطف المشركين على اليهود والعطف يقتضي
المغايرة الا ترى الى قوله تعالى لتجدن اشد الناس عداوة للذين امنوا اليهود والذين
اشركوا ولتجدن اقربهم مودة للذين امنوا الذين قالوا انا نصارى وكذلك ان تزوج الكتابيه
على المسلمه او المسلمة على الكتابية جاز والقسم بينهما سوا لان جواز النكاح ينبني على الحل الذي به
صارت المراة محلا للنكاح بخلاف تزوج الامة على المسلمة فانه لا يجوز وسيجي بيانه ان شا الله
تعالى قوله على ما نبين من بعد اشارة الى قوله بعد عشرة خطوط ويجوز تزوج الامة
مسلمة كانت او كتابية قوله ولا يجوز تزوج المجوسيات اعلم ان نكاح المجوسية لا يجوز ولا
يحل وطيها بملك اليمين وذاك لانه لا كتاب للمجوس فدخلت المجوسيات تحت قوله تعالى ولا
تنكحوا المشركات وقد روي عن عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه انه قال سمعت رسول الله
صلى الله عليه وسلم يقول سنوا بهم سنة اهل الكتاب غير ناكحي نسايهم ولا اكلي ذبايحهم قال
المطرزي اي اسلكوا بهم طريقهم يعني عاملوهم معاملتهم في اعطا الامان باخذ الجزية
منهم وقد روى ابو يوسف في كتاب الخراج وقال حدثني قيس بن الربيع عن قيس بن مسلم
عن الحسن قال صالح رسول الله صلى الله عليه وسلم مجوس اهل هجر على ان ياخذ منهم الجزية
غير مستحل مناكحة نسايهم ولا اكل ذبايحهم ونقل شمس الايمة السرخسي في شرح الكافي عن علي
رضي الله عنه جواز نكاح المجوسية بنا على ما روي عنه ان المجوس اهل كتاب ولكن لما واقع
ملكهم اخته ولم ينكروا عليه اسري بكتابهم فنسوه ثم قال وهو مخالف للنص فان الله تعالى
قال ان تقولوا انما انزل الكتاب على طايفتين من قبلنا ولو قلنا للمجوس كتاب كانوا ثلاث
طوايف وان كان الامر على ما قاله علي ولكن بعدما نسوا خرجوا من ان يكونوا اهل كتاب
وانما خص القدوري نكاح المجوسيات بالذكر للاختلاف في جواز نكاحها ولا تحلهن في

النكاح حكم الوثنيات وقوله غير ناكحي نسايهم نصب على الحال قوله قال ولا الوثنيات
اي قال الشيخ ابو الحسين القدوري ولا يجوز تزوج الوثنيات وهن اللاتي يعبدون الوثن
وهو الصنم وذاك لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات والنص عام يدخل تحته ساير المشركات
وفرق ابو المنذر هشام بن محمد الكلبي بين الصنم والوثن في كتاب الاصنام فقال اذا كان
معمولا من خشب او ذهب او من فضة صورة انسان فهو صنم واذا كان من حجارة
فهو وثن قوله ويجوز تزوج الصابيات ان كانوا يومنون بدين نبي ويقرون بكتاب الله
تعالى لانهم من اهل الكتاب وان كانوا يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم لم يجز مناكحتهم لانهم مشركون
وهذا الذي ذكره صاحب الهداية من مسيلة مختصر القدوري هو الصحيح من المذهب اما
رواية الخلاف بين ابي حنيفة وصاحبيه فذاك بنا على اشتباه الصابيين لهم فوقع عند ابي حنيفة
رضي الله عنه انهم من اهل الكتاب يقراون الزبور ولا يعبدون الكواكب لكنهم يعظمونها
كتعظيمنا القبلة في الاستقبال اليها ووقع عندهما انهم يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم فصاروا
كعبدة الاوثان ولا خلاف اذن في الحقيقة بينهم لانهم ان كانوا كما قال ابو حنيفة يجوز مناكحتهم عندهما
ايضا وان كانوا كما قالا فلا يجوز مناكحتهم عنده ايضا وحكم ذبيحتهم على هذا فافهم قوله
قال ويجوز للمحرم والمحرمة ان يتزوجا في حالة الاحرام اعلم ان الوطي في حالة الاحرام لا يجوز
بالاجماع اما التزوج ففيه خلاف قال اصحابنا وسفيان الثوري يجوز وقال مالك والشافعي واحمد
لا يجوز لهم ما روي في السنن وغيرها عن عثمان بن عفان رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه
وسلم لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا يخطب ولنا ما روي البخاري في الصحيح عن عبد القدوس بن الحجاج قال
حدثنا الاوزاعي قال حدثني عطا بن ابي رباح عن ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم
تزوج ميمونة وهو محرم وحدث الترمذي مسندا الى عكرمة عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم
تزوج ميمونة وهو محرم قال ابو عيسى حديث ابن عباس حسن صحيح ولانه سبب يتوصل به الى الوطي
فلا يمنع منه الاحرام كشرا الجارية ومعنى حديث عثمان رضي الله عنه لا يطا المحرم ولا تمكن المحرمة
من نفسها للوطي ولا يخطب اي لا يلتمس الوطي توفيقا بين الحديثين فان قلت ـــــــــــــــ
ما تقول فيما روى مالك عن ربيعة عن سليمان بن يسار ان النبي صلى الله عليه وسلم تزوج ميمونة وهو
حلال قلت ـــــــــــــــ ذاك مرسل وهو ليس بحجة عندهم فكيف يحتجون به
علينا فان قلت ـــــــــــــــ ما تقول فيما روى صاحب السنن باسناده الى يزيد
بن الاصم عن ميمونة رضي الله عنها قالت تزوجني رسول الله صلى الله عليه وسلم ونحن حلالان
بسرف قلت ـــــــــــــــ ابن عباس احفظ واضبط واتقن من يزيد بن
الاصم فيكون الترجيح لرواية ابن عباس فان قلت ـــــــــــــــ
ما تقول فيما روى الترمذي عن قتيبة عن حماد بن زيد عن مطر الوراق عن ربيعة ابن
ابي عبد الرحمن عن سليمان بن يسار عن ابي رافع قال تزوج رسول الله ميمونة وهو حلال
وبنى بها وهو حلال وكنت انا الرسول فيما بينهما قلت ـــــــــــــــ انه حديث
شاذ بدليل ان الترمذي قال ولا نعلم احدا اسنده غير حماد بن زيد عن مطر الوراق عن
ربيعة على انا نقول رواية ابي رافع لا تو خذ مع وجود رواية ابن عباس بخلافها قوله
وتزوج المحرم وليه اي موليته على هذا الخلاف يعني يجوز عندنا ان يكون المحرم وليا في النكاح خلافا
لهم قوله وما رواه محمول على الوطي اي ما روى الشافعي من الحديث وقد بيناه قوله ويجوز

تزوج الامة مسلمة كانت او كتابية وقال الشافعي لا يجوز تزوج الكتابية وذلك لان الله تعالى قال
ومن لم يستطع منكم طولا ان ينكح المحصنات المومنات فمما ملكت ايمانكم من فتياتكم المومنات فعلم
بهذا ان نكاح الكتابية لا يجوز لقيد وصف الايمان لان الوصف عندي كالشرط والشرط
يوجب عدم الحكم عند عدمه ولهذا كان طول الحرة اي وجود القدرة على نكاح الحرة مانعا
نكاح الامة المسلمة لعدم الشرط والمعنى فيه ان نكاح الاما ضروري وذلك لان الاصل ان يكون
الزوجان متكافيين والحر ليس بكفو للامة لان الحرية سبيه للولايات بخلاف الرق ولنا ان
النصوص المطلقة عن قيد عدم طول الحرة وقيد وصف الايمان نحو قوله تعالى فانكحوا ما
طاب لكم من النسا وقوله تعالى واحل لكم ما ورا ذلكم وقوله تعالى وانكحوا الايامى منكم فهذه
الايات دلت على جواز نكاح الاما سوا وجد الشرط المذكور في الاية التي تلاها الشافعي او لم
يوجد فعند عدم الشرط يجوز نكاحها بهذه الايات وعند وجود الشرط يجوزه بها ايضا وبالاية
التي احتج بها الشافعي لجواز ان يكون الحكم قبل وجوده معلولا بعلل شتى ولا نسلم ان الوصف
كالشرط ولين سلمنا لكنا لا نسلم ان عدم الشرط يوجب عدم الحكم ولا نسلم ان نكاح الاما ضروري
الا ترى ان له ان ينكح الحرة على الامة فلو كان نكاح الامة ضروريا لارتفع بطريان نكاح الحرة عليها
كما اذا قدر على الما يبطل حكم التيمم لانه ضروري وقد استقصينا البحث في هذا الموضع في كتابنا
الموسوم بالتبيين **قوله** لما فيه من تعريض الجزء على الرق اي لما في نكاح الاما **قوله** لا طلاق
المقتضي اراد به ما تلونا من الايات المطلقة **قوله** وفيه امتناع عن تحصيل الجزء الحر لا ارقاقه
وهذا جواب عما قاله الشافعي من تعريض الجزء على الرق بيانه ان الماء قبل ان يتخلق ولدا لا يوصف
بكونه حرا ورقيقا فلا يلزم من نكاح الاما ارقاق الجزء وان يلزم به الامتناع عن تحصيل الحرية
لجزيه حيث كان له ان يكتسب ولدا حرا فهذا مسلم لكن لا نسلم ان ليس له ولاية الامتناع عن
تحصيل الحرية لجزيه لان الانسان له ان يمتنع عن الاصل وهو الولد بان لا يتزوج اصلا
او يتزوج عقيما او ايسة او يطاها ويعزل او يطا الامة ويعزلها برضاها او برضى المولى على
اختلاف الاصلين فكان له ان يمتنع عن الوصف وهو الحرية بالطريق الاولى **قوله** ولا
يتزوج امة على حرة اعلم ان نكاح الحرة على الامة جايز بالاجماع اما نكاح الامة على الحرة فعندنا
لا يجوز والحر والعبد في ذلك سوا وقال الشافعي يجوز للعبد ان يتزوج الامة على الحرة لانه
لا يلزم تعريض الجزء على الرق كما هو اصله وقال مالك يجوز تزوج الامة على الحرة اذا رضيت
الحرة لما روي عن سعيد بن المسيب انه كان يقول لا تنكح الامة على الحرة الا ان تشا الحرة ولنا
ما ذكر محمد بن الحسن في المبسوط وقال بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا تنكح الامة
على الحرة وقال علي رضي الله عنه وتنكح الحرة على الامة وللحرة الثلثان من القسم وللامة الثلث
قال **قلنا** ينبغي ان يجوز نكاح الامة على الحرة لعموم قوله تعالى واحل
لكم ما ورا ذلكم **قلنا** ذلك عام خص منه البعض اعني خصت
منه المجوسية والوثنية والجمع بين المراة وعمتها وبين المراة وخالتها فيخص المتنازع بخبر الواحد
قوله فيجوز ذلك للعبد اي لا يجوز الشافعي تزوج الامة على الحرة للعبد **قوله**
ولان للرق اثرا في تنصيف النعمة على ما نقرره في الطلاق ان شا الله تعالى اراد به ما ذكره قبيل
باب ايقاع الطلاق عند قوله وطلاق الامة ثنتان فيثبت حل المحلية في حالة الانفراد دون
حالة الانضمام بيانه فيما ذكره شمس الايمة السرخسي رحمه الله في شرح الكافي ان الامة ليست من

جملة المحللات بالنكاح مضمومة الى الحرة وهي من جملة المحللات منفردة عن الحرة لان الحل الذي
يبتني عليه عقد النكاح نعمة في جانب الرجال والنسا جميعا فكما يتنصف ذلك الحل برق الرجل حتى
يتزوج العبد ثنتين والحر اربعا فكذلك يتنصف برق المراة ولا يمكن اظهار هذا التنصيف في جانبها
بنقصان العدد لان المراة الواحدة لا تحل الا لواحد وظهر التنصيف باعتبار الحالة او نقول الاحوال
ثلاثة حال ما قبل نكاح الحرة وحال ما بعده وحال المقارنة ولكن الحالة الواحدة لا تحتمل التجزي
فتغلب الحرمة على الحل فتجعل محللة سابقة على الحرة ومحرمة مقترنة بالحرة او متاخرة عنها او
نقول في الحقيقة حالتان حالة الانضمام الى الحرة وحالة الانفراد عنها فتجعل محللة منفردة عن
الحرة ومحرمة مضمومة الى الحرة فاذا كانت تحته حرة فهو بنكاح الامة يضمها الى الحرة فلهذا
لا يصح وكان الكرخي رحمه الله يقول بنكاح الحرة ثبت لنسله حق الحرية فهو بتزوج الامة
يبطل الحق الثابت وحق الحرية لا يجوز ابطاله بعد ثبوته فاما بطول الحرة لا يثبت حق الحرية
لنسله **قوله** ويجوز تزوج الحرة عليها اي على الامة وذلك لان قوله تعالى احل لكم ما
ورا ذلكم عام فيجري على عمومه فيما لم يثبت فيه دليل الخصوص ولان الحرة المسلمة الاجنبية محللة
للمسلم في جميع الحالات سوا كانت مضمومة الى نكاح الامة او منفردة عنها لعدم التنصيف في حق
الحراير فيحل نكاح الحرة عليها **قوله** فان تزوج امة على حرة في عدة عن طلاق باين او ثلاث لم يجز
عند ابي حنيفة رضي الله عنه وعندهما يجوز وهو قول ابن ابي ليلى كذا في الكافي للحاكم الشهيد رحمه
الله فاذا كانت العدة عن طلاق رجعي لا يجوز نكاح الامة بالاتفاق لهما ان المحرم نكاح الامة على الحرة
ونكاحها على الحرة انما يكون اذا كان الملك باقيا في الحرة ولم يبق لوجود البينونة بخلاف ما اذا كان
الطلاق رجعيا حيث لا يجوز نكاح الامة على الحرة في العدة لبقا الملك فلما لم يكن النكاح نكاح الامة
على الحرة جاز ولهذا يجوز نكاح الامة في عدة حرة من نكاح فاسد او وطي بشبهة يوضحه انه
لو قال ان تزوجت عليك امراة فهي طالق فتزوج امراة بعد ما بانت امراته في عدتها لا تطلق
لانه ليس بتزوج عليها وهذا بخلاف نكاح الاخت في عدة الاخت حيث لا يجوز لوجود معنى الجمع
بينهما في حقوق النكاح وهنا فيما نحن فيه حرمة النكاح ليست لمعنى الجمع ولهذا يجوز نكاح الحرة
على الامة فلو كانت لمعنى الجمع لم يجز بل المنع لمعنى ادخال ناقصة الحال في مزاحمة كاملة الحال
وهذا المعنى لا يوجد بعد الفرقة بطلاق باين او ثلاث ولابي حنيفة رضي الله عنه ان نكاح الحرة
مانع نكاح الامة وكل حق ثبت بسبب النكاح يبقى ببقا العدة كالمنع من نكاح الاخت في عدة
الاخت وتزوج اربع سواها وهذا لان العدة حق من حقوق النكاح واثر من اثاره فصار نكاح
الامة على الحرة من وجه فكان حراما لان الشبهة في باب الحرمات ملحقة بالحقيقة بخلاف تزوج
الامة في عدة الحرة من نكاح فاسد لانا لا نسلم ان ذلك جايز على قول ابي حنيفة وقد قيل في المبسوط
ان ذلك قولهما ولين سلمنا فنقول المنع لم يكن ثابتا بالنكاح الفاسد فلم يبق ببقا العدة بخلاف
ما نحن فيه فوجد الفارق وبطل القياس واما مسيلة اليمين فانما لا يحنث فيها لان الغرض ان
يدخل عليها شريكا في قسمها ونفقتها وذلك لا يتحقق بعد البينونة ولهذا لا يسمى متزوجا عليها
بعد البينونة في العرف والمعتبر في اليمين العرف وفي الفاظ الشرع المعتبر المعنى ومعنى الحرمة
باق ببقا العدة وكذلك الحكم فيما اذا تزوج مدبرة او ام ولد او مكاتبة لان الرق في
هولا باق **قوله** لا يحنث لهذا اي لهذا التزوج وهو تزوج المراة حرة كانت او امة في
عدة حرة عن طلاق باين **قوله** وللحر ان يتزوج اربعا من الحراير والاما اعلم انه يجوز

للحر ان يتزوج اربعا من النسا سواكن حراير او اما او بعضها حراير وبعضها اما بشرط ان يكون نكاح الامة متقدما على نكاح الحرة وليس له ان يتزوج اكثر من الاربع الا على قول الرافضة لعنهم الله فانهم قالوا يجوز الجمع بين تسع نسوة وقال بعضهم يجوز الجمع بين ثماني عشرة امراة وقال الشافعي لا يتزوج الحر عند عدم طول الحرة الا امة واحدة لان الله تعالى قال ذلك لمن خشي العنت منكم وهو الوقوع في الزنا فاذا تزوج واحدة امن من الزنا ولان نكاح الاما ضروري فيرتفع الضرورة بالواحدة ولنا قوله تعالى وان خفتم ان لا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النسا مثنى وثلاث ورباع قال الواحدي في كتاب اسباب نزول القران قال سعيد بن جبير وقتادة والربيع والضحاك والسدي كانوا يتحرجون عن اموال اليتامى ويترخصون في النسا ويتزوجون ما شاؤوا وربما عدلوا وربما لم يعدلوا فلما سالوا عن اليتامى فنزلت اية اليتامى واتوا اليتامى اموالهم الاية انزل الله ايضا وان خفتم ان لا تقسطوا في اليتامى الاية يقول فكما خفتم ان لا تقسطوا في اليتامى فكذلك خافوا في النسا ان لا تعدلوا فيهن فلا تتزوجوا اكثر ما يمكنكم القيام بحقهن لان النسا كاليتامى في الضعف والعجز وقال في الكشاف ان خفتم ترك العدل في حقوق اليتامى فتحرجتم منها فخافوا ايضا ترك العدل بين النسا فقللوا عدد المنكوحات وقيل كانوا لا يتحرجون من الزنا وهم يتحرجون من ولاية اليتامى فقيل ان خفتم الجور في حق اليتامى فخافوا الزنا فانكحوا ما طاب لكم من النسا ولا تحوموا حول المحرمات وروي عن عايشة رضي الله عنها قالت نزلت هذه الاية في رجل تكون له اليتيمة وهو وليها ولها مال وليس لها احد يخاصم دونها فلا ينكحها الا لمالها ويضربها ويسي صحبتها ولا يعدل في مالها فليتزوج من طاب له من النسا سواها مثنى وثلاث ورباع وقال ربيعة في كتاب السنن في معنى الاية اتركوهن ان خفتم فقد احللت لكم اربعا فان قلت ان الروافض يتمسكون بظاهر الاية وبنكاح النبي عليه السلام تسعا من النسا وهو قدوة الامة وذلك لان الواو للجمع فما الجواب عنه قلت اما استدلالهم بحرف الواو فضعيف لان القران هذا هي فلا فصاحة فيه لان العرب اذا ارادت ان تعبر عن التسعة لا تقول مثنى وثلاث ورباع وليس في كلام الحكيم عي فعلم بهذا انه ليس يجوز ان يحمل على الجمع بل الواو بمعنى او كما في قوله تعالى اولي اجنحة مثنى وثلاث ورباع واما استدلالهم بنكاح النبي فضعيف ايضا لان عدد التسع كان خص به النبي عليه السلام لشرفه وزيادة فضيلته ولهذا اتسع الحل في الحرجت جاز له تزوج الاربع لفضيلته دون العبد فان قلت ما فايدة التكرار المفهوم في الاية فلم لم يقل اثنين وثلاثا واربعا قلت هو مثل قولهم اقتسموا هذا المال وهو الف درهم درهمين وثلاثة وثلاثة واربعة واربعة فلو لم يكرر وقيل درهمين وثلاثة واربعة لم يفهم المعنى الاول فان قلت لو ذكر باو لكان الامر مقتصرا على احد هذه الاعداد وليس الغرض ذلك بل الغرض ان لهم تحصيل هذه الاعداد ان شاؤوا بطريق التثنية وان شاؤوا بطريق التثليث وان شاؤوا بطريق التربيع فان قلت كيف لم يجز تزوج ما زاد على الاربع وقد قال تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم وهو عام يشتمل الاربع وما وراها غاية ما في الباب ان قوله تعالى مثنى وثلاث ورباع يدل على حل الاربع ولا يدل على حرمة ما وراها لان تخصيص الشي بالذكر لا يدل على نفي ما عداه لما عرف في الاصول

قلت انما

قلت انما حرمت الزيادة لان المقصود بيان ما يجوز من العدد اذ لو لم يكن كذلك لاقتصر على قوله ما طاب لكم من النسا ما شاؤوا فنزلت الاية حتى يقتصروا على الاربع ولا يتجاوزها وقد روى البخاري عن ابن عباس رضي الله عنهما قال ما زاد على اربع فهي حرام كامه وابنته واخته واما الجواب عن قول الشافعي فنقول قوله تعالى من النسا عام يتناول الحراير والاما جميعا فكما جاز نكاح الاربع من الحراير جاز نكاح الاربع من الاما ايضا بظاهر الاية اما قوله اذا تزوج واحدة من الاما امن من العنت فلا نسلم ذلك لانه ربما يميل الى اخرى اذا راها حسنا فيحصل خشية العنت ايضا وقوله ان نكاح الاما ضروري فلا نسلم ذلك الا ترى انه لا يرتفع نكاح الامة بنكاح الحرة عليها قوله اذ الامة والمنكوحة ينتظمها اسم النسا وكان الاولى ان يقول اذ الامة والحرة ينتظمهما اسم النسا لان المنكوحة لا تختص بالحرة ولا مغايرة بين الامة والمنكوحة فيخلو العطف عن الفايدة لانه يقتضي المغايرة وفي بعض النسخ ذكر المنكوحة بدون واو العطف على انها صفة للامة ولا فايدة ايضا في القيد بهذه الصفة لان اسم النسا يتناول الامة المنكوحة وغير المنكوحة ولان المقصود من هذا هو الاستدلال لجواز تزوج الاما اكثر من واحدة لتناول اسم النسا الاما والحراير فعلى ما قال من وجه التناول يلزم نكاح المنكوحة وهو فاسد لان المنكوحة لا تنكح وكان ينبغي اذن ان لا يذكر المنكوحة اصلا قوله كما في الظهار يعني ان اسم النسا المذكور في قوله تعالى والذين يظاهرون من نسايهم يشمل الامة والحرة جميعا لعمومه فيتحقق الظهار في الامة المنكوحة كما يتحقق في الحرة المنكوحة فكذا فيما نحن فيه يجوز للحر ان يستوفي العدد المذكور في قوله تعالى مثنى وثلاث ورباع سوا كانت النسا حراير او اما لان قوله تعالى من النسا عام قوله ولا يجوز للعبد ان يتزوج اكثر من اثنتين اعلم ان العبد لا يجوز له ان يتزوج اكثر من اثنتين الحرتان والامتان في ذلك سوا وكذلك المكاتب والمدبر وعند مالك يجوز للعبد ان يتزوج اربعا وقد حدث في الموطا عن ربيعة وقال سمعته يقول ينكح العبد اربع نسوة ثم قال مالك وذلك احسن ما سمعته له ان الرق لا ينافي مالكية النكاح وما لا يوثر فيه الرق فالحر والعبد فيه سوا كملك الطلاق وملك الدم في حق الاقرار بالقود ولنا ما روى محمد في الاصل عن عمر بن الخطاب انه قال لا يتزوج العبد اكثر من اثنتين ولان الرق له اثر في تنصيف ما كان متعددا في نفسه كالقسم والجلد في حد الزنا وعدد الطلاق واقرا العدة فلما كان الرق منصفا لا يتزوج العبد الا اثنتين يوضحه ان ملك النكاح تبتني على الحل الذي لا يصير الشخص به اهلا للنكاح والحل يتسع ويتضيق بالفضيلة والنقصان في المحل الا ترى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان مخصوصا بنكاح تسع لزيادة فضيلته فكذا الحر يتزوج اربعا وهو ازيد فضيلة من العبد فينبغي ان يتزوج العبد اثنتين لنقصان فيه وتعين النصف باعتبار ان الرق منصف في غير صورة النزاع لنقصان المحل فكذا فيما نحن فيه لهذا المعنى فان قيل قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النسا الاية تقتضي دخول العبد فيه قيل العبد لم يدخل قط في هذا الخطاب لاتفاق الجميع انه لا يملك عقد النكاح وان المولى هو الذي يملك ذلك عليه قال بعض الشارحين في هذا المقام والمكاتب والمدبر وابن ام الولد في هذا كالعبد لان الرق المنصف للحل فيهم قايم ونقله عن المبسوط ولا يقال ان ابن ام

الولد حر وليس فيه رق اصلا بالحديث وهو قوله عليه السلام من ملك ذا رحم محرم منه عتق
عليه ولهذا لم يذكر الحاكم الجليل في مختصره الموسوم بالكافي ابن ام الولد بل قال وكذلك
المكاتب والمدبر فعلم انه غلط او سهو من الكاتب لانا نقول معنى المسئلة ان المولى زوج ام
ولده من غيره فجاءت بولد فيكون حكمه حكم امه لا يعتق هو ما لم يمت المولى كما لا تعتق هي
قوله فان طلق الحر احدى الاربع طلاقا باينا لم يجز له ان يتزوج رابعة حتى تنقضي عدتها
وقال الشافعي يجوز واذا كان الطلاق رجعيا لا يجوز بالاجماع له ان النكاح انقطع من كل
وجه فلا مانع من تزوج الرابعة ولنا ان اثر النكاح باق فلا يجوز تزوج الرابعة لان
الشبهة في باب المحرمات ملحقة بالحقيقة ولان كل جمع حرم حال العدة من طلاق رجعي
حرم حال العدة من طلاق باين كالجمع بين الزوجين ولا يقال انها اجنبية فيجوز تزوج
الرابعة لانا نقول لا نسلم انها اجنبية ما دامت العدة باقية الا ترى انها محبوسة له
لاجله عن الازواج وتجب نفقتها بخلاف ساير الاجانب وباقي التقرير مر عند قوله
واذا طلق الرجل امرأته طلاقا باينا او رجعيا لم يجز له ان يتزوج باختها قوله وفيه
خلاف الشافعي اي وفي تزوج الرابعة في عدة المطلقة طلاقا باينا خلاف الشافعي قوله
قال فان تزوج حبلى من زنا جاز النكاح ولا يطاها حتى تضع حملها وهذا عند ابي حنيفة ومحمد
وقال ابو يوسف النكاح فاسد فان كان الحمل ثابت النسب فالنكاح باطل بالاجماع وهذه من خواص
مسايل الجامع الصغير وقال صاحب المختلف وروى ابن سماعة عن محمد مثل قول ابي يوسف
وجه قول ابي يوسف رحمه الله ان محل النكاح وهي المرأة مشغولة بالولد فلا يحتمل شغلا
اخر فيفسد نكاح الحبلى من الزنا كما لو كان الحمل ثابت النسب بيانه ان المقصود من النكاح
هو طلب الولد وهو الحكمة في شرع النكاح والحمل مناف لهذا المعنى فلا يصح نكاح الحبلى ولان
امتناع نكاح الحبلى اذا كان الحمل ثابت النسب لحرمة الحمل والحمل من الزنا محترم لانه محله
امانة الله تعالى ولا جناية منه فيحرم نكاح الحبلى من الزنا لحرمته وصيانته الا ترى انه
لا يجوز اسقاطه لانه نفس زكية لم يوجد منها المعصية ولهما ان الحبلى من الزنا من المحللات
بالنص وهو قوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم فيجوز نكاحها غير انه لا يطاها حتى تضع ه
حملها بالحديث وهو قوله عليه السلام من كان يؤمن بالله واليوم الاخر فلا يسقين ماءه زرع
غيره ولا يلزم من حرمة الوطي بعارض محتمل الزوال فساد النكاح الا ترى ان النفساء لا يحل
وطيها بسبب النفاس ولا يلزم منه فساد النكاح فان قلت كيف لم تدخل
الحامل اذا كان حملها ثابت النسب تحت قوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم قلت
لقوله تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب اجله والمراد انقضاء العدة ولا
عدة تعتد الحبلى من الزنا قوله ان الامتناع في الاصل لحرمة الحمل يعني ان ابا يوسف
قاس نكاح الحبلى من الزنا على نكاح الحبلى اذا كان حملها ثابت النسب وقال ثمة لا يجوز فكذا ه
هنا لوجود الجامع وهو حرمة الحمل قوله ولهذا لم يجز اسقاطه اي اسقاط الحمل من
الزنا وهذا ايضاح لقوله وهذا الحمل محترم قوله والامتناع في ثابت النسب لحق
صاحب الماء هذا جواب عن قول ابي يوسف ان الامتناع في الاصل لحرمة الحمل فاجاب
وقال لا نسلم ان الامتناع لحرمة الحمل بل الامتناع لحق صاحب الماء ولا حرمة لصاحب
الماء وهو الزاني فافترق الاصل والفرع ففسد القياس قوله وان تزوج حاملا

من السبي

من السبي فالنكاح فاسد وهذه من خواص مسايل الجامع الصغير ايضا وذلك لان الحمل ثابت
النسب من الكافر فلا يجوز تزوجها كما لا يجوز اذا كان حملها ثابت النسب من المسلم ومسئلة
المهاجرة تجيء بيانها في باب نكاح اهل الشرك ان شاء الله تعالى قوله وان زوج ام ولده
وهي حامل منه فالنكاح باطل والاصل هنا ان شرع النكاح لطلب النسل والولد من
طريق الحكمة فاذا كان الرحم مشغولا بولد ثابت النسب كان فراشا فلم يبق محلا لطلب
ولد اخر فلو جاز النكاح لزم الجمع بين الفراشين فلا يجوز ذلك كما في المنكوحة وام الولد
فراش لمولاها الا ترى ان نسب ولدها يثبت من غير دعوة قوله الا انه غير متاكد استثنا
من قوله فراش لمولاها يعني ان ام الولد فراش لمولاها الا انها فراش غير قوي بدليل ان
ولدها ينتفي بلا لعان والحاصل ان الفراش ثلاثة انواع قوي ووسط وضعيف فالاول
فراش المنكوحة يثبت نسب ولدها بلا اقرار ولا ينتفي الا باللعان والثاني فراش ام
الولد فيثبت النسب بلا اقرار وينتفي بمجرد النفي بلا لعان والثالث فراش الامة لا يثبت
نسب ولدها بلا دعوة فلما كان الفراش غير متاكد في ام الولد لم يعتبر الفراش ما لم يتصل
به الحمل اعني جاز تزوجها قبل الحبل ولم يعتبر جمعا بين الفراشين بخلاف ما بعد الحبل
حيث لم يجز تزوجها حين هي حامل لانه اعتبر حينئذ فراشا لمولاها فلو جاز النكاح لزم
الجمع بين الفراشين قوله قال ومن وطي جاريته ثم زوجها جاز النكاح الى اخره اي
قال محمد رحمه الله في الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل وطي جاريته ثم زوجها
قال للزوج ان يطاها قبل ان يستبريها وقال محمد احب له ان لا يطاها حتى يستبريها قال
بعض مشايخنا الذي قاله محمد تفسير لقول ابي حنيفة وقيل بل هو قوله خاصة كذا ذكر
فخر الاسلام في شرح الجامع اما جواز النكاح فلان الجارية ليست بفراش لمولاها فلا يلزم
الجمع بين الفراشين ولهذا لا يثبت نسب ولدها الا بالدعوة ولكن مع هذا على المولى ان
يستبريها ثم يزوجها صيانة لمائه وهذا الاستبراء اعني استبراء المولى لم يذكر في الجامع ه
الصغير ولكن ذكره صاحب الهداية فينبغي ان يكون ذلك استحسانا لا جوابا وبه صرح في
الفتاوى الولوالجي بخلاف ما اذا زنت الامة حيث لا يستبريها مولاها لانه لا حرمة لماء
الزاني واما استبراء الزوج فقال ابو حنيفة وابو يوسف لا يستبريها الزوج اصلا لا استحبابا
ولا وجوبا وقال محمد يستبريها استحسانا له ان الوطي يحتمل العلوق فلو تحقق العلوق لحرم
الوطي فلما احتمل وجب التنزه ولهما ان النكاح ما شرع الا في رحم فارغ او بعد المبالغة
في الاحتياط لمعرفة الفراغ حتى جعلت العدة ثلاثة اقراء وهي تزيد على مدة الاستبراء
وهنا لما صح النكاح بالاجماع دل على فراغ الرحم فبعد الفراغ لم يؤمر الزوج بالاستبراء
لا وجوبا ولا استحبابا بخلاف الشراء فانه لا يدل على فراغ الرحم لانه يصح شراء الجارية
الحبلى فلما لم يدل الشراء على الفراغ وجب الاستبراء على المشتري او نقول المقتضي لحل
الوطي موجود وهو النكاح وفي المانع وهو العلوق احتمال فلا يعتبر قوله قال
محمد لا احب ان يطاها قبل ان يستبريها قيل هذا فيما اذا لم يستبريها مولاها قوله
فوجب التنزه اي ثبت وليس المراد منه الوجوب المصطلح لدلالة قوله لا احب
ان يطاها قوله امارة الفراغ اي علامة الفراغ وهي بفتح الهمزة قال اذا طلعت
شمس النهار فانها امارة تسليمي عليك فسلمي قوله وكذا اذا راى امرأة تزني فتزوجها اي

كذا الخلاف في استبراء المزنية اذا تزوجها والمعنى ما ذكرناه من الطرفين اتفاقا في استبراء الجارية الموطوءة اذا
زوجها مولاها وهو ان جواز النكاح قبل فراغ الرحم عندهما وعند محمد احتمال الشغل بماء المولى فكذا
هنا احتمل الشغل بماء الزاني **قوله** ونكاح المتعة باطل وهو ان يقول لامراة اتمتع بك كذا
مدة بكذا من المال وقال مالك هو جائز وهكذا نقل شمس الائمة السرخسي مذهب مالك بن انس رحمه
الله في المبسوط ثم قال وهو الظاهر من قول ابن عباس رضي الله عنه واستدل بقوله تعالى فما
استمتعتم به منهن فآتوهن اجورهن ولانه كان مباحا والحكم الثابت يبقى حتى يظهر ناسخه وهذا
الذي نقل عن مالك رحمه الله فيه نظر عندي لان مالكا روى الحديث على عدم جواز المتعة في
الموطا ولم يرو خلاف ذلك ولم ينقل قولا اخر غيره اما ابن عباس فكان يقول ذلك ثم رجع
وقال ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي المتعة المتفق عليها ان يقول اعطيك كذا
على ان اتمتع منك يوما او نحو ذلك ثم قال وهذا لا خلاف بين الفقهاء في فساده فعلم ان جواز
المتعة عند مالك ليس بصحيح وقد قال مالك في الموطا المدونة ولا يجوز النكاح الى اجل قريب
او بعيد وان سمى صداقا وهذه المتعة الى هنا لفظ مالك ولنا ما روى مالك في الموطا عن ابن
شهاب عن عبد الله والحسن ابني محمد بن علي عن ابيهما عن علي بن ابي طالب ان رسول الله صلى الله عليه
وسلم نهى عن متعة النساء يوم خيبر وعن اكل لحوم الحمر الانسية وحدث مالك ايضا عن ابن
شهاب عن عروة بن الزبير ان خولة ابنة حكيم دخلت على عمر بن الخطاب رضي الله عنه
فقالت ان ربيعة بن امية استمتع بامراة مولدة فحملت منه فخرج عمر يجر رداءه فزعا وقال
هذه المتعة لو كنت تقدمت فيها لرجمت اي لو سبق مني بيان في المتعة ثم اقدموا عليها لفعلت
ذلك وحدث البخاري في الصحيح باسناده الى الزهري قال اخبرني الحسن بن محمد بن علي
واخوه عبد الله عن ابيهما ان عليا قال لابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المتعة
وعن لحوم الحمر الاهلية زمن خيبر وحدث صاحب السنن باسناده الى الزهري قال
كنا عند عمر بن عبد العزيز فتذاكرنا متعة النساء فقال رجل يقال له ربيع بن سبرة اشهد على
ابي انه حدث ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عنها في حجة الوداع واخرجه مسلم والنسائي
وابن ماجه باسناده الى الزهري ايضا عن الربيع بن سبرة عن ابيه ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم حرم متعة النساء وحدث الطحاوي في شرح الاثار باسناده الى الزهري عن
عبد الله والحسن ابني محمد بن الحنفية عن ابيهما ان عليا مر بابن عباس وهو يفتي بالمتعة متعة
النساء انه لا باس بها فقال علي رضي الله عنه قد نهى عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن
لحوم الحمر الاهلية يوم خيبر وفيه ايضا باسناده الى اياس بن سلمة بن الاكوع عن ابيه
قال اذن رسول الله صلى الله عليه وسلم في متعة النساء ثم نهى عنها وحدث البخاري باسناده
الى ابي جمرة قال سمعت ابن عباس سئل عن متعة النساء فرخص فقال مولى له انما ذاك في
الحال الشديد وفي النساء قلة فقال ابن عباس نعم وقال محمد بن الحسن في الاصل بلغنا عن
رسول الله صلى الله عليه وسلم انه احل المتعة ثلاثة ايام من الدهر في غزاة غزاها اشتد
على الناس فيها العزوبة ثم نهى عنها فعلم بهذه الاثار انها كانت ثم نسخت الا ترى ان ابن عباس
يقول انما ابيحت لان النساء قليل فلما كثرن ارتفع الذي من اجله ابيحت او يقول لا حاجة
الى دليل النسخ لان الاباحة كانت موقتة بثلاثة ايام فلم تبق بعد ذلك فقال في المبسوط
قال جابر بن زيد ما خرج ابن عباس من الدنيا حتى رجع عن قوله في الصرف في المتعة له

والجواب عن قوله تعالى فما استمتعتم به منهن فنقول المراد بالاية التزوج يعني استمتعتم بالنكاح لانها
بناء على قوله تعالى ان تبتغوا باموالكم محصنين والمحصن هو الناكح لان الاحصان لا يقع الا بنكاح
صحيح ثم اعلم ان المتعة على اربعة اوجه اثنتان في الحج واثنتان في النكاح اما اللتان في الحج
فاحداهما مشروعة ذكرت في باب التمتع في الحج والاخرى منسوخة وهي فسخ احرام الحج بافعال
العمرة وهو ان الرجل اذا دخل مكة محرما بالحج قبل وقت الحج ثم اراد ان يخرج من احرام الحج بافعال
العمرة ويحل فيحل بافعال العمرة وهذا قد كان ثم نسخ واما اللتان في النكاح فاحداهما مشروعة
وهي ثلاثة اثواب درع وخمار وملحفة والاخرى غير مشروعة وهي نكاح المتعة كذا ذكر
الامام الاسبيجابي رحمه الله في شرح مختصر الطحاوي **قوله** والنكاح الموقت باطل مثل
ان يتزوج امراة بشهادة شاهدين عشرة ايام وقال في المبسوط وان قال اتزوجك شهرا فقالت
زوجت نفسي منك فهذا متعة وليس بنكاح عندنا وعلى قول زفر هو نكاح صحيح وجه
قول زفر ان التوقيت شرط فاسد والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة بل يبطل الشرط
كاشتراط الخمر ونحوها ولنا ان هذا النكاح نكاح متعة معنى وهو باطل بالاثار الواردة فيه
فكذا هذا وذلك لان معنى المتعة هو الاستمتاع بالمراة موقتا لا لتحقيق مقاصد النكاح وهو
حاصل هنا وان ذكر لفظ النكاح لان مقاصد النكاح لا تحصل في مدة معينة ولا تختلف
العقود باختلاف الالفاظ اذا وجدت المعاني ولان النكاح الموقت لو انعقد لا يخلو اما
ان ينعقد مؤبدا او موقتا فالاول باطل لانه يلزم منه استحقاق البضع عليها بلا رضاها
فكذا الثاني لانه في معنى المتعة بخلاف ما اذا تزوجها على ان يطلقها بعد عشرة ايام او
بعد شهر حيث يصح النكاح ويبطل الشرط بالاتفاق لان النكاح وقع مؤبدا لكن شرطا
انقطاع النكاح بقاطع الطلاق بعد مدة وذاك شرط فاسد والنكاح المؤبد لا يبطل بالشروط
الفاسدة كذا قال صاحب الاجناس ولو قال اتزوجك الى مدة معلومة ذكر في كتاب نكاح الاصل
لا يصح النكاح وان ذكر الى مائة سنة وفي المجرد قال ابو حنيفة اذا ذكر مدة لا يعيش الى مثله
جاز النكاح ويلغو ذكر المدة كذكر مائتي سنة او ذكر مائة وخمسين سنة **قوله** ولا فرق
بين ما اذا طالت مدة التوقيت او قصرت يعني ان النكاح يبطله التوقيت مطلقا وهو اختيار
شمس الائمة في شرح الكافي واحترز به عن رواية الحسن عن ابي حنيفة وهي رواية المجرد
وقد ذكرناها انفا وهو اختيار صاحب المختلف وبه ناخذ **قوله** ومن تزوج امراتين
في عقدة واحدة احداهما لا تحل له نكاحها صح نكاح التي تحل نكاحها وبطل نكاح الاخرى
وهذه مسئلة القدوري والمراد من عدم الحل في احداهما ان تكون معتدة الغير او منكوحة الغير
او ذات رحم محرم منه فعلى احدى الروايتين عن الشافعي ان العقد لا يصح فيهما جميعا كذا في شرح
الاقطع ولنا ان المانع من النكاح في احداهما فلم يؤثر فساد نكاحها في الاخرى لعدم المانع فيها
بخلاف ما اذا جمع بين حر وعبد في صفقة حيث لا يصح البيع فيهما والفرق ان قبول الحر يكون شرطا
لصحة البيع في العبد لانه لو لم يكن كذلك يلزم تفريق الصفقة وذلك حرام وشرط قبول الحر
شرط فاسد والبيع يبطل بالشروط الفاسدة لا النكاح **قوله** ثم جميع المسمى للتي تحل عند ابي
حنيفة وعندهما يقسم على مهر مثليهما يعني تزوجهما بالف مثلا فالالف للتي تحل نكاحها عند ابي
حنيفة ويقسم ذلك عندهما على مهر مثلي المراتين فما اصاب حصة التي لا يحل نكاحها يسقط وما
اصاب حصة التي تحل يثبت لهما ان الزوج جعل الالف بدل البضعين ولهذا ذكره بحرف

الا فتنقسم على البضعين كما اذا جاز نكاحهما وله ان انقسام المهر المذكور على البضعين انما يكون
اذا صح نكاحهما وهنا لم يصح نكاح احد ايهما فيخ[؟] بلا باحد البضعين غاية ما في الباب انه ذكر الالف
مقابلة ~~البضعين~~ البضعين وهذا لا يضر لانه يجوز ان يراد الواحد من الاثنين مجازا كما في قوله
تعالى يا معشر الجن والانس الم ياتكم رسل منكم وهذا لان الرسل من الانس لا من الجن ومثله
قوله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان وانما يخرجان من البحر الملح لا العذب **قوله** وهي مسئلة
الاصل اي المبسوط **قوله** ومن ادعت عليه امراة انه تزوجها واقامت بينة فجعلها القاضي
امراته ولم يكن تزوجها وسعها المقام معه وان تدعه يجامعها وهذا عند ابي حنيفة وهو
قول ابي يوسف الاول وفي قوله الاخر وهو قول محمد لا يسعه ان يطاها وهو قول الشافعي
وهذه من مسائل الجامع الصغير وكذا الحكم فيما ادعى على امراة نكاحا واقام على ذلك شاهدي
زور واصل المسئلة ان القضا في العقود والفسوخ بشهادة الزور ينفذ ظاهرا وباطنا عند ابي
حنيفة وهو قول ابي يوسف اولا وعندهم ينفذ ظاهرا لا باطنا والمراد من النفاذ ظاهرا
ان يثبت الحكم فيما بيننا مثل ثبوت التمكين والنفقة والقسم وغير ذلك والمراد من النفاذ
باطنا ثبوت الملك والحل فيما بينه وبين الله تعالى لهم ان القضا اظهار ما هو ثابت لا اثبات ما لم يكن ثابتا
فلا ينفذ قضا القاضي باطنا لان الشهود كذبة كما اذا ظهر الشهود كفارا او عبيدا او محدودين في
قذف ولهذا لا ينفذ القضا باطنا بشاهدي زور اذا كانت المراة منكوحة الغير او معتدة الغير
وكذا لا ينفذ القضا باطنا بشهادة الزور في الاملاك المرسلة ولنا ان القاضي مامور بالقضا بالشهادة
الصادقة عنده لا عند الله تعالى لان الوقوف على حقيقة الصدق متعذر لان حقيقة الصدق
لا يعلمها الا الله تعالى فلو وقفنا القضا عليها لتعذر القضا اصلا لعدم وقوف القاضي حقيقة
واللازم منتف فينتفي الملزوم فلما كان مامورا بالقضا من جهة الشرع بالشهادة الصادقة
عند القاضي صار كان الشرع قال انشئ الحل فانتقل حكمه الى الشرع بخلاف ما اذا وجد الشهود
كفارا او عبيدا او محدودين في القذف حيث لا ينفذ القضا باطنا لان الوقوف على هذه
الاشيا متيسر بالامارات فاذا تبين علم انه قصر فلم يكن مامورا بالقضا كما اذا قضى في حادثة
باجتهاده وثمه نص اخر بخلافه لا يعلمه اما هنا فقد بالغ في التفحص عن حال الشهود ولم يوجد
منه التقصير لان حقيقة الصدق لا يعلمها الا الله تعالى والقاضي ليس بمكلف بذلك وبخلاف
ما اذا كانت المراة منكوحة الغير او معتدته لانه لا يمكن اثبات الحل ثمه لانه لا يكون الا بالنكاح
والنكاح يقتضي محلا فارغا وقد كان المحل مشغولا لا فارغا وبخلاف الاملاك المرسلة حيث
لا ينفذ القضا بشهادة الزور باطنا لان في الاسباب كثرة وتزاحما نحو البيع والهبة والارث
وغير ذلك وليس البعض اولى من البعض فلم يمكن القول بالنفاذ باطنا بخلاف النكاح اذ
ليس فيه اسباب متزاحمة فان قلت ________ البيع بثمن المثل وهو
القيمة اعدل الاسباب فكان اولى من غيره قلت ________ لا نسلم انه اعدل
الاسباب ولئن سلمنا لكن لا نسلم انه يمكن اثبات الملك بالبيع بالقيمة لان البيع بالقيمة فاسد
وحرام فلم يكن القاضي مامورا بذلك لان الشرع لا يامر بالحرام وهذه المسئلة اعني مسئلة القضا
بشهادة الزور من مسائل طريقة الخلاف وقد عرف تمام البحث ثمة **قوله** كذبة بالتحريك
جمع كاذب وكذا قوله صدقة بالتحريك ايضا جمع صادق كفسقة في جمع فاسق **قوله**
فاذا ابتني القضا على صيغة المبني للمفعول لانك تقول ابتنى دارا بمعنى بنى دارا يعني فاذا

ابتني القضا على الحجة وهي الشهادة الصادقة عند القاضي وامكن تنفيذ قضايه باطنا
بتقديم النكاح حكما لصحة قضايه نفذ باطنا قطعا للمنازعة **قوله** بخلاف الاملاك المرسلة
اي المطلقة يعني اذا ادعى ملكا واقام على ذلك بينة فحكم القاضي بذلك ثم ظهر كذب الشهود
ينفذ القضا ظاهرا لا باطنا لتزاحم في الاسباب وقد مر بيانه **باب**
في الاوليا والاكفا لما فرغ من بيان المحرمات وقد علم من ذلك المحللات شرع في باب
الاوليا والاكفا لمناسبة بين البابين لان كون المراة محللة شرط جواز النكاح وكذا الولي
والكفو على حسب الاختلاف اعلم ان الولي من كان اهلا للميراث وهو عاقل بالغ حتى لا يثبت
للصبي والمجنون ولاية وكذلك الكافر لا ولاية له على المسلم اصلا لانه لا يرث منه والمسلم
لا ولاية على الكافر ايضا لانه لا يرث منه وكذلك العبد لا ولاية له ايضا لانه لا يرث
من احد كذا في شرح الطحاوي **قوله** وينعقد نكاح الحرة العاقلة البالغة برضاها وان
لم يعقد عليها ولي بكرا كانت او ثيبا عند ابي حنيفة وابي يوسف في ظاهر الرواية وعن ابي
يوسف لا ينعقد الا بولي وعند محمد ينعقد موقوفا وعند مالك والشافعي لا ينعقد النكاح
بعبارة النسا اصلا وهذه المسئلة من مسائل مختصر القدوري ولكن القدوري لم يذكر فيه
قول ابي يوسف مع ابي حنيفة وانما ذكر فيه وقال ابو يوسف ومحمد لا ينعقد الا بولي وهذا
الذي ذكره القدوري من قول ابي يوسف هو الصحيح لانه قوله الاخير على ما يجي بعد هذا
اعلم ان نكاح الحرة العاقلة البالغة جايز عند ابي حنيفة رضي الله عنه بغير اذن الولي في
ظاهر الرواية وقال في المبسوط روى الحسن عنه ان كان الزوج كفوا لها جاز النكاح وان
لم يكن كفوا لها لا يجوز النكاح وهذا القول مختار صاحب خلاصة الفتاوي وقال فيه
هكذا كان يفتي شمس الايمة السرخسي رحمه الله وذكر السرخسي في شرح الكافي عن ابي يوسف
ثلاثة اقوال فقال كان ابو يوسف يقول اولا لا يجوز تزويجها نفسها من كفو او غير كفو
اذا كان لها ولي ثم رجع وقال ان كان الزوج كفوا لها جاز النكاح والا فلا ثم رجع وقال النكاح
صحيح سوا كان الزوج كفوا لها او غير كفو ولكن الشيخ ابا جعفر الطحاوي رحمه الله ذكر في
شرح الاثار وقال لا يجوز النكاح الا بولي على مذهب ابي يوسف ومحمد بن الحسن رحمهما الله
وجعل هذا القول عن ابي يوسف قوله المرجوع اليه على خلاف ما ذكره السرخسي وهو اقدم
من السرخسي واعلم بمذاهب اصحابنا رحمهم الله وكان ابو جعفر الطحاوي تلميذ الشيخ ابي
جعفر بن ابي عمران وهو تلميذ محمد بن سماعة وهو تلميذ ابي يوسف ومحمد رحمهم الله وكذا
قال الكرخي في مختصره حيث قال وقال ابو يوسف لا يجوز النكاح الا بولي او ان يجيزه
سلطان وهو قوله الاخير الى هنا لفظ الكرخي وقال الامام علا الدين العالم في طريقة
الخلاف قال محمد ينعقد موقوفا على اجازة الولي ان اجاز الولي جاز وان ابى ففيه روايتان
في رواية يجيزه القاضي وفي رواية يستانف القاضي النكاح ثم قال العالم ذكر في كتاب
الحيل ان محمدا رجع الى قولهما وقال شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده في مبسوطه روي
عن محمد انه رجع الى قول ابي حنيفة قبل موته بسبعة ايام ثم قال حكي عن الفقيه ابي
جعفر الهندواني ان امراة جات الى محمد قبل موته بثلاثة ايام وقالت لي ولي وهو لا
يزوجني الا بعد ان ياخذ مني مالا كثيرا فقال محمد رحمه الله اذهبي فزوجي نفسك ثم قال فهذه
الحكاية تدل على صحة ما روي عنه من الرجوع الى قول ابي حنيفة هذا كله مذهب اصحابنا

وعند مالك والشافعي واحمد بن حنبل عبارة النساء في باب النكاح باطلة حتى ان المراة
لو باشرت النكاح بنفسها او وكلت غيرها فالنكاح لا يصح اصلا لهم ما روي في السنن عن ابن
جريج عن سليمان ابن موسى عن الزهري عن عروة عن عايشة رضي الله عنها قالت قال رسول
الله صلى الله عليه وسلم ايما امراة نكحت بغير اذن مواليها فنكاحها باطل ثلاث مرات وروي
في السنن ايضا عن اسرايل عن ابي اسحاق عن ابي بردة عن ابي موسى ان النبي صلى الله عليه
قال لا نكاح الا بولي ولان المراة قاصرة العقل ناقصة الراي والتدبير سريعة الاغترار
بسبب الاختيار فلا تملك مباشرة النكاح بنفسها كالصغيرة والمجنونة الا ان محمدا رحمه الله
قال يرتفع الخلل الواقع من نقصان رايها باذن وليها ولنا قوله تعالى فلا تعضلوهن ان
ينكحن ازواجهن نهى الرجال عن منع النساء عن النكاح فدل على انهن يملكن النكاح وقوله
تعالى حتى تنكح زوجا غيره اضاف النكاح الى المراة ايضا وحدث صاحب السنن باسناده الى نافع
بن جبير عن ابن عباس رضي الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الايم احق
بنفسها من وليها والبكر تستامر في نفسها واذنها صماتها وحدث البخاري في الصحيح باسناده
الى ابي هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا تنكح الايم حتى تستامر ولا تنكح
البكر حتى تستاذن قالوا يا رسول الله وكيف اذنها قال ان تسكت وعن عايشة قالت يا رسول
الله ان البكر تستحي قال رضاها صمتها والاستيمار طلب الامر من قبلها والاستيذان طلب
الاذن فعلم بهذا ان راي النسا صحيح في باب النكاح فلو لم يكن لهن راي لم يكن في اذنهن فايدة
ولان اختيار الزوج الى المراة بالاتفاق فلو لم يكن لها راي معتبر لم يلتفت الى اختيارها الزوج
وكذلك يعتبر اقرارها على نفسها بالنكاح وكذلك يعتبر رضاها في مباشرة الولي فلو كانت
كالصغيرة لم يعتبر رضاها وكذلك يجب على الولي تزويجها عند طلبها الا انها اذا زوجت
نفسها من غير كفو يثبت للاوليا حق الاعتراض لانها الحقت الضرر بهم لانهم يتعيرون
بذلك فلاجل هذا يدفعون الضرر عن انفسهم ولانها تصرفت في خالص حقها وهو البضع
وهي اهل التصرف لكونها عاقلة بالغة حرة فيصح كما اذا تصرفت في مالها الا ترى ان وليها
لا يتصرف في مالها ولا يصح تصرفه بلا اذنها فلان لا يصح تصرفه في نفسها اولى واحرى
لان النفس اعز من المال والجواب عما تمسكوا اما حديث الزهري الذي اسند الى عايشة
رضي الله عنها فساقط الاحتجاج لان ابن جريج سال عنه الزهري فلم يعرفه وقد رواه
الطحاوي عن ابن عمر بن ابي عمران عن يحيى بن معين عن ابن علية عن ابن جريج انه سال
عنه ابن شهاب الزهري فلم يعرفه وقال ابو عيسى الترمذي قال ابن جريج ثم لقيت الزهري
فسالت عن هذا الحديث فانكره فضعفوا هذا الحديث من اجل هذا ثم قال الترمذي
وذكر عن يحيى بن معين انه قال لم يذكر هذا الحرف عن ابن جريج الا اسماعيل بن ابراهيم
قال يحيى بن معين وسماع اسماعيل بن ابراهيم عن ابن جريج ليس بذاك ما سمع من ابن جريج واما
حديث ابي موسى فمطعون لا يلتفت اليه لان في سنده اضطرابا الا ترى ان ابا عيسى
الترمذي اورد في جامعه فيه اختلافا وقال رواه اسرايل وشريك بن عبد الله وابو
عوانة وزهير بن معاوية وقيس بن الربيع عن ابي اسحاق عن ابي بردة عن ابي موسى عن
النبي صلى الله عليه وسلم وروى اسباط بن محمد وزيد بن حباب عن يونس بن ابي اسحاق
عن ابي اسحاق عن ابي بردة عن ابي موسى عن النبي صلى الله عليه وسلم وروى ابو عبيدة

الحداد عن يونس بن ابي اسحاق عن ابي بردة عن ابي موسى عن النبي صلى الله عليه وسلم ولم يذكر فيه
عن ابي اسحاق وقد روي عن يونس بن ابي اسحاق عن ابي بردة عن النبي صلى الله عليه وسلم وروى شعبة
وسفيان الثوري عن ابي اسحاق عن ابي بردة عن النبي صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بولي يعني مرسلا لان
ابا بردة لم ير النبي صلى الله عليه وسلم فعلم ان الحديث ليس بصحيح لان شعبة وسفيان احفظ واضبط
من جميع الرواة الذين رووا هذا الحديث وهما روياه مرسلا كما ترى وهما حجة في الحديث
على غيرهما وروي عن يحيى بن معين انه قال ثلاثة احاديث لم تثبت عن رسول الله صلى الله
عليه وسلم احدها لا نكاح الا بولي والثاني من مس ذكره فليتوضا والثالث كل مسكر حرام
ولين سلمنا انه صحيح فنقول المراد منه نفي الفضيلة والكمال توفيقا بينه وبين حديثنا ولين
سلمنا ان المراد منه نفي الجواز فنقول لا نسلم ان هذا النكاح ليس بولي بل هي ولية نفسها
بدليل ما ذكرنا من النصوص فدل انه نكاح بولي فكان المراد من الحديث المجنونة او
الصغيرة او الامة او العبد ممن لا ولاية لهم عن انفسهم الا ترى ان قوله لا نكاح الا بولي لم
يخص به المراة دون الرجل والرجل اذا عقد لنفسه عقد نكاح كان نكاحه نكاحا بولي لانه يلي
على نفسه ويتصرف عليها فكذلك المراة **قوله** ولهذا كان لها التصرف في الاموال اي لكونها
عاقلة مميزة **قوله** ولهذا اختيار الازواج عطف على قوله لها التصرف **قوله** وعن
ابي حنيفة وابي يوسف انه لا يجوز في غير الكفو رواه الحسن عن ابي حنيفة قال اذا زوجت
نفسها من غير كفو لم يجز النكاح اصلا قال شمس الايمة السرخسي وهو اقرب الى الاحتياط
وليس كل ولي يحسن في المرافعة الى القاضي ولا كل قاض يعدل فكان الاحوط سد باب التزويج
من غير كفو عليها **قوله** ويروى رجوع محمد الى قولهما يعني ان عند محمد ايضا ينعقد نكاحها
بلا ولي من غير توقف وقد ذكرناه وقال رجا ابن ابي رجا سالت محمدا عن النكاح بغير ولي
فقال لا يجوز قلت فان لم يكن لها ولي قال ترفع امرها الى الحاكم ليزوجها قلت فان كان في موضع
لا حاكم في ذلك الموضع قال نفعل ما قال سفيان قلت وما قال سفيان قال تولي امرها رجلا
ليزوجها **قوله** ولا يجوز للولي اجبار البكر البالغة على النكاح خلافا للشافعي يعني يجوز
ذلك للاب والجد عند الشافعي ولا يجوز لغيرهما وهو مذهب ابن ابي ليلى رحمه الله والاصل
هنا ان ولاية انكاح الصغار معلولة بعلة الصغر بالاتفاق وفي الصغار اختلاف قال
اصحابنا العلة الصغر ايضا وقال الشافعي العلة هي البكارة وتزول بالثيوبة وفايدته تظهر
في موضعين احدهما ان الاب والجد لا يملكان اجبار البكر البالغة على النكاح عندنا والمراد
بذلك انه لو زوجها من غير كفو بغير رضاها لا ينعقد عندنا خلافا للشافعي والثاني ان
الاب والجد يملكان اجبار الثيب الصغيرة عندنا خلافا له احتج الشافعي بما روي عن ابن
عباس رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ليس للولي مع الثيب امر فدل على
ان له امرا مع البكر عملا بالمفهوم لانه حجة عنده ولان البكر جاهلة بامر النكاح ولا تجد
لها راي بالبلوغ فكانت كالصغيرة ولهذا يقبض الاب صداق البكر البالغة بغير امرها ولنا
ما روي في السنن مسندا الى عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما ان جارية بكرا اتت النبي صلى
الله عليه وسلم فذكرت ان اباها زوجها وهي كارهة فخيرها النبي عليه السلام فعلم بهذا
ان اجبار البكر البالغة لا يجوز فلو كان جايزا لما خيرها النبي عليه السلام وروي في السنن
ايضا عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الايم احق بنفسها من وليها والبكر

نستأمر في نفسها فعلم بهذا ان اصل الرضا من البكر معتبر والاكراه ينافي الرضا ولانها حرة مخاطبة فلا يجوز تزويجها بغير رضاها كالثيب ولهذا لا يجوز تصرف الاب في مالها بعد البلوغ فلان لا يجوز تصرفه في نفسها اولى واحرى فصارت البكر البالغة كالغلام البالغ بخلاف الصغيرة فان الصبي مظنة العجز فولي من له كمال الراي والشفقة امرها في نفسها ومالها لعجزها وقصور عقلها وانما يقبض الاب صداقها بغير امرها لوجود الرضا منها دلالة وذلك ان البكر تستحيي عن قبض صداقها والاب يقبض ذلك ليجهزها به مع مال نفسه ويبعثها الى بيت الزوج وهذه العادة تنقطع بعد الثيوبة لان الاب لا يجهزها مرة بعد مرة فصار الاب كسائر الاولياء ولهذا اذا نهت اباها عن قبض صداقها لم يكن له ذلك عندنا ولان لها ان تطالب الاب بالعقد اذا امتنع فكان لها ان تمتنع من العقد اذا كرهته كما في الثيب والجواب عن الحديث فنقول المراد به ضم الولي الى نفسه في السكنى يعني يضم البكر الى نفسه خوفا من خديعة الرجال لانها لم تمارسهم بخلاف الثيب حيث لا يضمها الى نفسه في السكنى بل هي تنفرد بالسكنى لانها انست من ذلك او نقول المراد الثيب البالغة بدليل ان للاب امرا وتصرفا على وجه النظر في مال الثيب قبل البلوغ والعلم اذا لم يمكن اجراؤه على عمومه يراد به اخص الخصوص وانما حملنا ذلك لان الامر وقع نكرة في موضع النفي فعم فافهم **قوله** وهذا لانها جاهلة اشارة الى الاعتبار بالصغيرة **قوله** ولهذا يقبض الاب صداقها ايضا لقوله لانها جاهلة **قوله** وقد كمل اي عقلها **قوله** فصار كالغلام وكالتصرف في المال اي صار الحكم في البكر البالغة كالحكم في الغلام وكالحكم في التصرف في مال البالغة يعني كما لا يجوز تصرف الاب في نفس الغلام بعد البلوغ ولا يجوز تصرفه في مال البكر البالغة فكذلك لا يجوز تصرفه في نفس البكر البالغة **قوله** وانما يملك الاب قبض الصداق برضاها دلالة جواب لقوله ولهذا يقبض الاب صداقها بغير امرها وقد بينا وجه رضاها دلالة **قوله** قال واذا استأذنها فسكتت او ضحكت فهو اذن اي قال الشيخ ابو الحسين القدوري واذا استأذن الولي البكر البالغة فسكتت او ضحكت فهو اذن اي سكوتها او ضحكها اذن والاصل فيه ما روي في الصحيح عن عائشة رضي الله عنها قالت يا رسول الله ان البكر تستحيي قال رضاها صمتها فعلم بهذا ان الشرع جعل سكوت البكر رضا والضحك ادل على الرضا من السكوت لانه دليل الفرح وقيل الضحك لا يدل على الرضا لانه قد يكون بطريق الاستهزاء لكن ذلك معروف بين الناس فلا يقدح في ضحك الفرح اما اذا بكت فقال في الايضاح وشرح الاقطع وغيره مما روي عن ابي يوسف ان البكا رضا منها لانه يكون لشدة الحيا فاشبه السكوت وعند محمد لا يكون رضا لانه دليل الكراهة فصار كالرد ونقل في النوازل عن الفقيه ابي جعفر قال بعضهم ان كانت دموعها حارة لا يكون رضا لان ذلك من الغم وان كانت دموعها باردة يكون رضا لان ذلك من السرور الا ترى انه يقال اقر الله عينك ويراد به السرور وقال الفقيه ابو الليث وعندي ان البكا اذا كان مع الصياح والصوت فهو رد ولا يكون اجازة وان كان مع السكوت فهو اجازة وكذلك اذا مكنته من نفسها او طالبته بالمهر والنفقة يكون رضا لان الدلالة تعمل عمل الصريح **قوله** قال وان فعل هذا غير ولي يعني استأمرها ولي غيره اولى منه لم يكن رضا

حتى

حتى تتكلم به اي قال في الجامع الصغير وان استأمرها غير ولي بان كان الاب كافرا او عبدا او مكاتبا او استأمرها ولي غيره اولى منه كالاخ مع وجود الاب والعم مع وجود الاخ لم يكن سكوتها او ضحكها رضا حتى يوجد منها النطق وذلك لان الاجنبي انما يزوجها بالوكالة ولا تصح الوكالة الا بالنطق ولان السكوت والضحك عند استيمار الاجنبي يكون لقلة الالتفات الى كلامه فلم يكن رضا او نقول السكوت محتمل للرضا والرد وانما جعل دليلا على الرضا في الولي للحاجة الى ذلك ولا حاجة في غيره لانه فضولي فاشترط الرضا صريحا بخلاف ما اذا استأمرها رسول الولي حيث يكون السكوت او الضحك عند ذلك دليل الرضا وان كان اجنبيا لانه لما كان رسول الولي قام مقامه وقال شمس الائمة في المبسوط حكي عن الكرخي ان سكوتها عند استيمار الاجنبي يكون رضا لانها تستحيي من الاجنبي اكثر مما تستحيي من الولي **قوله** ولو وقع فهو محتمل اي لو وقع السكوت دليلا على الرضا فالسكوت محتمل **قوله** بمثله اي بمثل المحتمل **قوله** ويعتبر في الاستيمار تسمية الزوج على وجه تقع بها المعرفة لتظهر رغبتها فيه من رغبتها عنه وتسمية الزوج من اضافة المصدر الى المفعول والضمير في بها راجع الى التسمية وفي فيه وعنه راجع الى الزوج يعني انما يكون السكوت او الضحك رضا عند استيمار الولي اذا سمى الزوج عندها تسمية يقع بها المعرفة اما اذا ابهم وقال اني ازوجك فلا يكون السكوت رضا لان الجهالة تمنع الرضا فهل يشترط تسمية الصداق ام لا والصحيح انه ليس بشرط لان صحة النكاح لا تتوقف على وجود المهر ولهذا لم يشترطها في المبسوط وانما شرط تسمية الزوج وقال بعض المتأخرين لا بد من تسمية المهر في الاستيمار لان رغبتها تختلف باختلاف الصداق في القلة والكثرة **قوله** ولو زوجها فبلغها الخبر فسكتت فهو على ما ذكرنا يعني هذا الذي قلنا من كون السكوت او الضحك رضا فيما اذا استأذنها الولي قبل العقد فسكتت او ضحكت اما اذا زوجها قبل الاذن ثم بلغها الخبر فسكتت او ضحكت يكون رضا وطريق بلوغ الخبر ان يبعث اليها الولي رسولا ولا يشترط فيه العدد او العدالة اما اذا اخبر الفضولي فلا بد من العدد او العدالة عند ابي حنيفة رضي الله عنه وعندهما لا يشترط كما في الرسول لهما انه من باب المعاملات فلا يشترط ذلك كما في الهداية ولابي حنيفة انه خبر ملزم فاشبه الشهادة من هذا الوجه لكنه مستغن عن الحكم ففارق الشهادة فشرط احد شطري شروط الشهادة اما العدد واما العدالة بخلاف ما اذا كان المخبر رسولا لانه قائم مقام المرسل فلو اخبر هو بنفسه صح فكذا هذا **قوله** وله نظائر اي لهذا الخلاف الذي وقع بين ابي حنيفة وصاحبيه في اخبار الفضولي نظائر اراد بها عزل الوكيل وحجر المأذون وسكوت الشفيع عن الطلب واعتاق العبد الجاني او بيعه بعد الاخبار ففي الكل يشترط العدد او العدالة عند ابي حنيفة لما قلنا خلافا لهما وكذا الخلاف في المسلم الذي لم يهاجر الينا اذا اخبر بشيء من الشرائع وفي التوكيل لا يشترط العدد او العدالة بالاتفاق بل يجوز ذلك سواء كان المخبر حرا او عبدا فاسقا او عدلا بالغا او صبيا عاقلا لانه اطلاق محض ليس فيه الزام لان الوكيل مختار **قوله** ولو كان رسولا لا يشترط اجماعا اي لو كان المخبر بالنكاح رسول الولي لا يشترط العدد او العدالة بالاتفاق **قوله** ولو استأذن الثيب فلا بد من رضاها بالقول لقوله عليه السلام الثيب تشاور والاصل

فيه ما روى البخاري في الصحيح عن ابي هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا تنكح الايم
حتى تستامر وانما يكون الامر بالنطق فلا بد للثيب منه ولانه قل حياؤها بممارسة الرجال فلم
يعتبر سكوتها رضا لعدم المانع من النطق وهو الحياء قال قلت استدلاله
بلفظ الاستيمار فيه نظر لان مثله جاء في حق البكر ايضا ومع هذا لم يجب يشترط النطق الا ترى
ان صاحب السنن حدث باسناده الى ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الايم احق
بنفسها من وليها والبكر تستامر في نفسها واذنها صماتها قلت كان القياس
ذلك في البكر لو لم يكن في سياق الحديث واذنها صماتها وترك ذلك القياس بسياق الخبر قوله
واذا زالت بكارتها بوثبة او حيضة او جراحة او تعنيس فهي في حكم الابكار يقال عنست تعنس
عنوسا وعنست تعنيسا اذا جاوزت وقت التزوج كذا في الجمهرة وقال بعض اصحاب الشافعي رحمه الله
في حكم الثيب لنا ما روي عن عائشة رضي الله عنها انها قالت ان البكر تستحيي يا رسول الله قال اذنها
صماتها وجه الاستدلال ان الشرع جعل العلة كون الصمت رضا في البكر وهذه العلة موجودة
فيمن زالت بكارتها بهذه الاشياء فيكون سكوتها رضا او نقول هي بكر فيكون سكوتها رضا وذلك
لان البكر هي التي يكون مصيبها اول مصيب لها وهذه بهذه المثابة اخذت من الباكورة وهي
اول الثمار ومن البكرة وهي اول النهار غاية ما في الباب ان الجلدة ذهبت عنها وتلك الجلدة
تسمى عذرة فهذه المخرج من ان تكون عذراء ولا تخرج من ان تكون بكرا قوله ولو زالت
بكارتها بزنا فهي كذلك عند ابي حنيفة اي في حكم الابكار وقال ابو يوسف ومحمد لا يكتفى بسكوتها
وبه اخذ الشافعي وجه قولهما انها ثيب بدليل ان مصيبها عائد اليها اخذت من المثابة وهي
المرجع يقال ثاب اذا رجع وثاب المريض اي برأ ومنه سمي الثواب ثوابا لان منفعة عمله
ترجع وتعود اليه والمثوبة بمعنى الثواب ومنه التثويب في الاذان وهو الاعلام
بعد الاعلام فلما كانت المزنية ثيبا حقيقة لم يكتف بسكوتها ولنا ما ذكرنا انفا وهو ان
الشرع جعل الصمت رضا في البكر لعلة الحياء وهي موجودة في التي زنت وما اشتهرت
فيجعل سكوتها رضا لوجود العلة وهي الحياء كيلا يؤدي الى تعطيل مصالحها بخلاف ما اذا
اشتهرت حيث لا يكون سكوتها رضا لعدم الحياء وبخلاف الموطوءة بشبهة او نكاح فاسد
حيث لا يعتبر سكوتها لعدم الحياء بظهور الوطء فان الشرع لما علق به احكاما مثل ثبوت
المهر وثبوت النسب والعدة اظهره فلم يبق الحياء بعد ذلك فان قلت
قال عليه السلام لا تنكح الايم حتى تستامر والايم هي الثيب والامر لا يكون الا بالنطق فيكون
نطق المزنية شرطا لانها ثيب قلت ذلك عام خص منه
البعض وهي الثيب المجنونة والثيب الصغيرة والثيب الامة فيخص المتنازع بدليل
ما ذكرنا وهو ان الشرع جعل في حديث عائشة علة كون الصمت رضا هي الحياء وهو موجود
في المزنية قوله واذا قال الزوج بلغك النكاح فسكت وقالت رددت فالقول
قولها وقال زفر القول قوله اعلم ان الزوج البكر البالغة اذا ادعى سكوتها فقالت رددت
فالقول قول المراة عند اصحابنا الثلاثة بالاتفاق لكن عند ابي حنيفة رضي الله عنه
لا يمين عليها وعندهما عليها يمين وعند زفر القول قول الزوج وجه قوله ان الزوج
متمسك بالاصل فيكون القول قوله بيانه انه يدعي عليها السكوت وهو اصل لانه
عدم النطق والاصل في الممكن العدم فيكون السكوت هو الاصل والمراة تدعي الرد

وهو امر حادث كالمشروط له الخيار مع صاحبه اذا اختلفا بعد مضي المدة فادعى
المشروط له الخيار الرد وانكره صاحبه فالقول قوله لتمسكه بما هو الاصل وهو السكوت
وكالشفيع مع المشتري اذا اختلفا فقال الشفيع علمت بالبيع امس فطلبت الشفعة وقال
المشتري اذا اختلفا فقال الشفيع علمت بالبيع امس فطلبت الشفعة وقال المشتري بل سكت
فالقول قول المشتري لتمسكه بما هو الاصل فكذا هنا ولنا ان الحاصل من هذا الاختلاف
هو الاختلاف في لزوم العقد والمراة منكوحة لذلك فكان القول قولها لانها متمسكة بالاصل
لان الاصل عدم العقد الا ترى ان قصد الرجل تملك البضع عليها وهي تنكر وتمتنع عن لزوم
العقد فكانت منكرة معنى والعبرة للمعاني كالمودع اذا قال رددت الوديعة كان القول
قوله مع اليمين لانه منكر للضمان معنى بخلاف مسئلة الخيار فان لزوم العقد قد ظهر بمضي
مدة الخيار لان مضي المدة سبب لزوم العقد والظاهر يكفي لدفع الاستحقاق اعني استحقاق
مدعي الفسخ وان كان لا يصلح لاثبات الاستحقاق كالظاهر الذي يدعيه الزوج وهو
السكوت وبخلاف مسئلة الشفيع فانه اذا قال طلبت حين علمت فالقول قوله اما اذا قال
علمت بالبيع امس وطلبت امس وقال المشتري لا بل طلبت الان فالقول قول المشتري لا حاجة
المشتري الى دفع استحقاق الشفيع والظاهر يكفي لدفع الاستحقاق ونظير هذه المسئلة ما اذا قال
لعبده ان لم تدخل الدار غدا فانت حر فمضى الغد وادعى المولى الدخول والعبد عدم الدخول فالقول
قول المولى عندنا لانه ينكر العتق والاصل عدمه وعند زفر القول قول العبد لانه متمسك
بالاصل وهو عدم الدخول وجوابه ان الحاصل من الخلاف هو العتق والمولى ينكره قوله
وان اقام الزوج البينة على سكوتها ثبت النكاح لانه نور دعواه بالحجة وان لم يكن له بينة فلا يمين
عليها عند ابي حنيفة وذلك لان الاستحلاف لا يجري عنده في الاشياء الستة بناء على ان النكول بذل
عنده كيلا يكون المؤمن كاذبا والبذل لا يجري فيها وعندهما النكول اقرار فيه شبهة والاقرار
يصح فيها فكذا النكول ولهذا لا يستحلف عندهما ايضا في الحدود لان الحدود تندرئ بالشبهات
وتمام البحث في الاستحلاف في الاشياء الستة يجيء في كتاب الدعوى ان شاء الله تعالى قوله ويجوز
نكاح الصغيرة والصغير اذا زوجهما الولي بكرا كانت الصغيرة او ثيبا والولي هو العصبة
وما لك يخالفنا في غير الاب يعني ان الولي هو الاب عند مالك رحمه الله ولا ولاية لغيره حتى
لو زوج الجد عند عدم الاب الصغير او الصغيرة لا ينعقد عنده والشافعي في غير الاب
والجد اي الشافعي يخالفنا في غير الاب والجد يعني ان الولاية على الصغير او الصغيرة للاب
والجد عند الشافعي رحمه الله ولا ولاية لغيرهما عنده حتى لو زوج الصغير او الصغيرة الاخ
او العم او ابن الاخ او ابن العم لا ينعقد عنده وفي الثيب الصغيرة ايضا اي الشافعي يخالفنا في
الثيب الصغيرة ايضا يعني لا ولاية للاب والجد على الثيب الصغيرة عنده حتى لا يملك الاب
او الجد تزويج الصغير او الصغيرة كرها لان علة الولاية عنده البكارة وعندنا الصغر
قال في وجيزهم في اسباب الولاية وهي اربعة الاول الابوة وفي معناها الجدودة وبه
وتفيد ولاية الاجبار على البكر وان كانت بالغة لا على الثيب وان كانت صغيرة سواء ثابت
بالزنى او بوطء حلال ولا اثر لزوال الجلدة بالسقطة الثاني العصوبة كالاخوة والعمومة
ولا يفيد الا تزويج العاقلة البالغة برضاها الصريح ان كانت ثيبا وسكوتها ان كانت بكرا
على راي الثالث المعتق وهو كالعصبات الرابع السلطان وانما يزوج البالغة عند عدم

الولي او عضله او غيبته او اراد الولي ان يتزوج بنفسه كابن عم وجه قول مالك رحمه الله
ان الصغيرة والصغيرة موصوفان بالحرية وثبوت الولاية على الحر بخلاف القياس لان الحرية
تنفي تصرف الغير عليه فكل حكم ثبت بخلاف القياس يقتصر على مورد الشرع ولا يقاس عليه
غيره وولاية الاب عليهما ثبتت بخلاف القياس شرعا لما روي في الصحيح البخاري عن عروة
رضي الله عنه قال تزوج النبي صلى الله عليه وسلم عايشة وهي بنت ست وبنى بها وهي بنت
تسع ومكثت عنده تسعا بيانه ان المباشر للعقد كان ابو بكر رضي الله عنه وقد صح ذلك
رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما ثبت الحكم في الاب بخلاف القياس لا يقاس عليه ساير
الاولياء قلنا لا نسلم ان الولاية تثبت بخلاف القياس بل الحكم معلول بعلة مخصوصة
وبشرط خاص والعلة حاجة الصغيرة الى نكاح الكفو الذي يحصل به المصالح مع عجزهما عن المباشرة
بانفسهما والشرط كون الولي بحال يباشر النكاح على وجه يندفع به الحاجة ويحصل المصالح المتعلقة
به وقد وجدا في حق غير الاب فيثبت الولاية لغيره فان قيل ـــــ
لا نسلم ان الصغيرة والصغيرة محتاجان الى النكاح لان المقصود من النكاح المصالح المتعلقة به وهي
قضاء الشهوة والتوالد والسكن والازدواج ولا شهوة في حال الصغر قلنا ـــــ
نعم لا يحتاجان في الحال ولكنهما يحتاجان في المال وذلك لان النكاح متعلق بالمصالح الظاهرة
والغامضة فالظاهرة نحو الكفاءة وحسن المنظر وكثرة المال والعفاف ونحو ذلك والغامضة
نحو كرم الطبيعة والسماحة والمجاملة وحسن العشرة وغير ذلك وهذه المصالح لا توجد في كل
زوج في كل حين بل توجد في كفو خاص في زمن مديدة فلو اخرنا النكاح الى البلوغ لتعطل امرها
فعلم ان لهما حاجة في حالة الصغر الى النكاح وهما عاجزان بانفسهما عن المباشرة فاثبتنا الولاية
عليهما لمن له الراي الكامل والشفقة الناشية عن القرابة وهو العصبة الاقرب فالاقرب وهذا
يكون جوابا للشافعي في غير الاب والجد فان قيل ـــــ ايش تعني بالشفقة اصل
الشفقة فلا نسلم الاول لان اصل الشفقة موجود في كل مسلم وله راي كامل ومع هذا لا يثبت
الولاية لكل مسلم على الصغير والصغيرة ولا نسلم الثاني ايضا لان كمال الشفقة معدوم في حق
الاخ والعم ولهذا لا يصح تصرفهما في مال الصغيرة والصغير قلنا ـــــ
نعني به الشفقة الناشية عن القرابة والقرابة داعية الى النظر في المصالح غاية ما في الباب
ان شفقتهما قاصرة ليست مثل شفقة الاب والجد فاظهرنا اثر القصور في سلب ولاية الالزام
حتى كان للصغير والصغيرة خيار البلوغ بخلاف المال حيث لا يصح تصرف الاخ والعم فيه اصلا
لتهمة الخيانة ولا يمكن دفع هذه التهمة بتوقف لزوم التصرف الى البلوغ لان المال يتكرر فيه
التصرف ويتداول فيه الايدي فلو وقفنا لتعطلت المصلحة المطلوبة من التصرف وهو الاسترباح
بخلاف النكاح فانه عقد عمر لا يتكرر غالبا فامكن التوقف الى البلوغ فان قيل ـــــ
سلمنا ان الاخ والعم يثبت لهما ولاية الانكاح لكن لا نسلم ان لهما ولاية مع وجود القاضي لان
القاضي انظر واولى منهما ولهذا يثبت له التصرف في المال دونهما وهذا لانه انما ينصب قاضيا
اذا كان اعلم الناس واورعهم قلنا ـــــ لا نسلم ان القاضي انظر من
الاخ والعم الا ترى ان القاضي لا يوجد فيه شفقة القرابة اصلا ويوجد فيهما ما يوجد فيه من
الديانة والعفة اما المال فقد يتصور فيه الخيانة من القاضي ايضا كما يتصور منهما لكن رجحنا
القاضي لكونه نايبا عن الشرع تحصيلا للمصالح المتعلقة بالتصرف ولا خيانة من الاخ والعم في

الانكاح

الانكاح لانهما لا ينتفعان بالانكاح من شخص ليس بكفو بل يتضرران اما الكلام في الثيب الصغيرة
فنقول هذا انكاح صدر عن ولاية التنفيذ فينفذ قياسا على انكاح البكر الصغيرة لانه صادر
عن ولاية التنفيذ بيانه ان حكم الولاية على الصغير والصغيرة البكر معلول بعلة الحاجة وشرط
صلاح الولي وقد وجد الامران في انكاح الثيب الصغيرة فيثبت الحكم ونعني بالحاجة حاجة
الصغير والصغيرة الى نكاح الكفو الذي يحصل به المصالح ونعني بصلاح الولي ان يكون
بحال يباشر النكاح على وجه يندفع به الحاجة وتحصل المصالح وانما قلنا بصلاح الولي لانه
مختص بكمال الراي ووفور الشفقة الناشية عن القرابة وكمال الراي يقدره على التصرف
وشفقة القرابة تدعوا الى ذلك فلما وجد قدرة التصرف مع وجود الداعي كان الغالب
او الظاهر ان المصالح المتعلقة بالتصرف تحصل فان قيل ـــــ
اثبات الولاية على الحرة بخلاف القياس لان الحرية تنفي تصرف الغير الا انا اثبتناها في البكر
لضرورة وهي انها لا علم لها باللذة والمذلة لعدم ممارستها بالرجال اما الثيب الصغيرة فقد حصل
لها العلم بالممارسة فلا يثبت الولاية عليها لعدم الضرورة قلنا ـــــ
لا نسلم ان الثيب الصغيرة حصل لها العلم باللذة ولا لذة بدون الشهوة فعلم ان الثيب الصغيرة
والبكر الصغيرة سواء فيثبت عليهما الولاية لحاجتهما الى احراز الكفو مع عجزهما بانفسهما فيرد حكم
الولاية على الصغر فان قيل ـــــ قال رسول الله صلى الله
عليه وسلم الايم احق بنفسها من وليها والايم اسم للثيب ولهذا قال محمد بن الحسن في الجامع
الكبير اذا اوصى لايامى بني فلان لا يدخل الابكار في الوصية قلنا ـــــ
لا نسلم ان الايم اسم للثيب في لغة العرب الا ترى ان ابن السكيت قال في كتاب الاصلاح وهو
امام اللغة حجة فيها يقال فلانة ايم اذا لم يكن لها زوج بكرا كانت او ثيبا والجمع ايامى ورجل
ايم لا امراة له وكذا قال القتيبي في تفسير قول عمر رضي الله عنه من حظ المرتفاق ابنة الايم
المراة لا زوج لها بكرا كانت او ثيبا وكذلك الرجل اذا لم تكن له امراة فهو ايم فمعنى قول عمر
من جد الرجل ان يخطب اليه بناته واخواته فلا يكسد لك ويدخل في الوصية الابكار
ايضا على ما هو اختيار الكرخي رحمه الله قال الكرخي الايم في النسا كالعزب في الرجال والمراد
من الايم في الحديث البالغة بدليل ثبوت الولاية في مال الثيب الصغيرة بالاجماع

قوله وما فيه من القصور اي ما في [illegible] غير الاب والجد من قصور الشفقة اظهرناه
في سلب ولاية الالزام يعني لم يكن ولاية الاخ والعم ملزمة بل كانت متوقفة الى البلوغ
حتى كان للصغير والصغيرة خيار البلوغ وقد بيناه قوله لانه يتكرر اي لان التصرف
في المال يتكرر حيث تتداوله الايدي عنه هذا يبيع من ذا وذاك من اخر بخلاف النكاح فانه
عقد عمر وقد مر بيانه قوله وجه قوله في المسألة الثانية اي وجه قول الشافعي
في مسالة الثيب الصغيرة قوله ولا ممارسة تحدث الراي بدون الشهوة يعني
ان حصول الراي والعلم باللذة انما يكون بممارسة الرجال عن شهوة والثيب الصغيرة لا
شهوة لها فلا يحدث لها الراي والعلم باللذة فيدور حكم الولاية على الصغر في البكر والثيب
ان ثيب الصغر تثبت الولاية والا فلا قوله ثم الذي يويد كلامنا فيما تقدم قوله عليه
السلام الانكاح الى العصبات من غير فصل اراد بقوله فيما تقدم ثبوت الولاية لغير
الاب والجد يعني ان النبي عليه السلام لم يفصل بين عصبة وعصبة فيثبت الولاية للاخ

والعم على حسب اطلاق الخبر وهذا الحديث لم يثبت في كتب الحديث عن رسول الله صلى
الله عليه وسلم بل هو كلام علي رضي الله عنه كذا قال صاحب الايضاح **قوله** والترتيب
في العصبات في ولاية الانكاح كالترتيب في الارث والابعد محجوب بالاقرب بيانه في
شرح الطحاوي قال اولى الاولياء الاب والجد اب الاب وكذلك الاجداد وان علوا ثم الاخ
لاب وام ثم الاخ لاب ثم ابن الاخ لاب وام ثم ابن الاخ لاب وكذلك اولادهم على هذا
الترتيب ثم العم لاب وام ثم العم لاب وكذلك اولادهما ثم عم الاب لاب وام ثم عم الاب وكذلك
اولادهما ثم عم الجد لاب وام ثم عم الجد لاب وكذلك اولادهما وان لم يكن واحد من هولاء
فمولى العتاقة الرجل والمراة فيه سوا ثم ذوو الارحام الاقرب فالاقرب ثم مولى الموالاة
وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد ليس لذوي الارحام ولاية الانكاح واذا
لم يكن واحد ممن ذكرنا فالقاضي او من نصبه القاضي لان القاضي ولي من لا ولي له قال في
الفتاوى الولوالجي وكذلك مولى الموالاة ان لم يكن اقرب منه وهو الذي اسلم ابو الصغير
على يديه ووالاه وهو اخر الاولياء لان هذا العقد يفيد الخلافة في الارث فيفيد في
الانكاح كالعصبات **قوله** فان زوجهما الاب والجد يعني الصغير والصغيرة فلا خيار
لهما بعد بلوغهما قال في شرح الاقطع وهو استحسان والقياس ان يثبت لهما الخيار وجه القياس
ان الصغيرة ملكت نفسها قبل تمام العقد عليها فثبت لها الخيار كالامة اذا اعتقت ووجه
الاستحسان ان النبي صلى الله عليه وسلم لم يخير عايشة رضي الله عنها عند بلوغها ولو كان
لها الخيار حقا لها لاعلمها اياها وذكر ابن سماعة عن محمد ان القياس في الاب ان يثبت لها
الخيار اذا بلغت يريد به القياس على غير الاب والجد لان الولاية في حالة الصغر انما تثبت
لمكان المصلحة وعلى سبيل التعجيل فمن الجائز ان لا يقع مصلحة فيجب ان يثبت الخيار ولكنا
استحسنا فقلنا بلزوم العقد لان الاب وافر الشفقة كامل الراي فصار كمباشرته برضاهما بعد
بلوغهما **قوله** كما اذا باشراه برضاهما اي اذا باشر الاب والجد العقد برضا الصغير
والصغيرة **قوله** وان زوجهما غير الاب والجد فلكل واحد منهما الخيار اذا بلغ ان
شا اقام على النكاح وان شا فسخ وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول ابي يوسف
اولا كذا ذكر العالم في طريقة الخلاف وقال ابو يوسف اخرا لا خيار لهما ويقع العقد لازما
وقال في شرح الطحاوي ثم على قولهما لما ثبت الخيار لهما فان اختار النكاح فهما على النكاح
وان اختار الفرقة وقعت الفرقة بينهما اذا قضى القاضي بالفرقة فان كان قبل الدخول بها
فلا مهر لها سوا كان الخيار للزوج او للمراة وان كان بعد الدخول فلا يسقط شي من المهر
ثم قال الخيارات ثلاثة خيار المعتقة وخيار المخيرة وخيار المدرك يبطل بالسكوت اذا كانت
بكرا وان كانت ثيبا لم يبطل الخيار بالسكوت وكذلك اذا كان الخيار للزوج فلا يبطل حتى يصرح بالابطال
او يجي منه دليل على ابطال الخيار كما اذا اشتغلت بشي اخر او اعرضت عن الاختيار بوجه
من الوجوه ولا يقع الفرقة الا بقضا القاضي وعلم النكاح شرط وعلم الخيار ليس بشرط واما خيار
المعتقة فلا يبطل بالسكوت ويمتد الى اخر المجلس ويقع الفرقة بنفس الاختيار ولا يحتاج الى قضا
القاضي وكذلك ما في خيار المخيرة فانه لا يحتاج الى قضا القاضي ويمتد الى اخر المجلس ويتعلق
بعلم الخيار لها اي للمعتقة لا للمخيرة لان جهل خيار المخيرة جهل في غير موقعه فانه يعتبر
وبه صرح البزدوي ولو اعتق امة اولا ثم زوجها وهي صغيرة ثم ادركت فلها خيار الادراك

ولو وقع عقد النكاح وهي صغيرة فاعتقها ثبت لها خيار الاعتاق دون خيار الادراك لان
العقد وقع في حالة الرق كذا في شرح الطحاوي **قوله** اعتبارا بالاب والجد يعني ان ابا
يوسف رحمه الله يعتبر وليا غير الاب والجد بهما يعني اذا زوج الاب او الجد فلا خيار للصغير
والصغيرة بعد البلوغ فكذا اذا زوج ساير الاوليا والجامع صدور العقد عن ولاية ولابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله ان شفقة ساير الاوليا قاصرة ليست مثل شفقة الاب والجد وهذا لانه
ولاية النكاح ولاية نظرية فربما يتطرق الخلل في بعض المصالح لقصور الشفقة فيثبت
الخيار لها بعد البلوغ دفعا للخلل الواقع ان كان **قوله** ان قرابة الاخ ناقصة وانما قيد
بالاخ ليعلم الحكم في ساير الاوليا بالطريق الاولى وذلك لان الاخ اقرب الاوليا بعد الاب والجد
فاذا كانت قرابته ناقصة وشفقته قاصرة مع كونه اقرب فلان تكون قرابة غيره ناقصة
اولى واحرى **قوله** بخيار الادراك اي بخيار البلوغ **قوله** واطلاق الجواب في غير الاب
والجد يتناول الام والقاضي وهو الصحيح من الرواية يعني ان اطلاق جواب كتاب القدوري
في غير الاب والجد بقوله فلكل واحد منهما الخيار يدل على ان الام والقاضي اذا زوج اذا
زوج الصغير او الصغيرة كان لكل واحد منهما الخيار بعد البلوغ على ما هو الصحيح من الرواية
عن اصحابنا وذلك لان الام قاصرة الراي والقاضي ناقص الشفقة لعدم القرابة فيتطرق
الخلل فيثبت الخيار وهذا هو ظاهر الرواية وروي عن ابي حنيفة رضي الله عنه ان الام اذا زوجت
الصغير والصغيرة لا يثبت لهما الخيار لان للام شفقة كالاب بل اكثر وروى خالد بن صبيح المروزي
عن ابي حنيفة رضي الله عنه ان القاضي اذا زوج الصغير او الصغيرة لا يثبت لهما الخيار ذكره
الطحاوي في مختصره لان للقاضي ولاية تامة في النفس والمال جميعا فصار كالاب وجه الظاهر
لان ولايته متاخرة عن ولاية الاخ والعم في تزويجها يثبت الخيار ففي تزويجه بالطريق الاولى
وقال القدوري في كتاب التقريب وظاهر الاصل يقتضي ثبوت الخيار لانه قال واذا زوج
الصغيرة غير الاب والجد فلها الخيار وعن ابي يوسف روايتان قال ابو الحسن قوله الثاني
ان لا خيار الى هنا لفظ القدوري **قوله** ويشترط فيه القضا بخلاف خيار العتق اي يشترط
في خيار البلوغ قضا القاضي يعني اذا اختار الصغير او الصغيرة الفرقة بعد البلوغ لا يثبت الفرقة
ما لم يفسخ القاضي النكاح بينهما بخلاف خيار العتق حيث لا يحتاج فيه الى قضا القاضي بل يثبت
الفرقة بخيار المعتقة والفرق ان خيار البلوغ انما يثبت لدفع ضرر خفي وهو تمكن الخلل الواقع من
تزويج الولي مع قصور شفقته ولا يوقف على حقيقة هذا الضرر لكونه خفيا فربما يتكره الزوج
على ذلك فاحتيج الى القضا لاجل الالزام وهذا المعنى يشمل الذكر والانثى فلهذا ثبت الخيار لهما
جميعا بخلاف خيار العتق فانه انما يثبت لدفع ضرر ظاهر وهو ازدياد الملك عليها لان قبل العتق
كان يملك الزوج عليها تطليقتين وكان عدتها حيضتين وكان لا يمنعها الزوج من الخروج والبروز
وبعد عتقها يمنعها فازداد بالعتق ذلك فلم يحتج الى قضا القاضي لكونه ظاهرا ولهذا يثبت هذا
الخيار للجارية دون الغلام لان ازدياد الملك عليها لا عليه وكذا لا يحتاج الى قضا القاضي لانها
نايبة عن الزوج في المخيرة فانها اذا اختارت نفسها تقع الفرقة من غير قضا القاضي
لانها نايبة عن الزوج في ايقاع الطلاق او هي مالكة امر نفسها بتمليك الزوج قال في خلاصة
الفتاوى الفرقة التي يحتاج فيها الى قضا القاضي خمسة الفرقة بالجب والعنة وبه يلحق
والثاني الفرقة بخيار البلوغ وهو فسخ والثالث الفرقة بعدم الكفاءة او نقص المهر وهي فسخ

والرابع اذا اسلمت المراة الذمية يعرض الاسلام على زوجها ان ابى فرق بينهما ويكون طلاقا عند
ابي حنيفة ومحمد اما عند ابي يوسف فهو فسخ والخامس الفرقة باللعان وهي طلاق ثم اعلم ان الفرق بين خيار البلوغ
وخيار العتق من وجوه احدها في اشتراط القضا وقد بيناه والثاني ان خيار المعتقة لا يبطل
بالسكوت بل يمتد الى اخر المجلس كما في المخيرة لان خيار العتق ثابت باثبات الشرع قال عليه السلام
ملكت بضعك فاختاري فكان كالثابت بتخيير الزوج بخلاف خيار البلوغ في جانبها حيث يبطل بالسكوت
لان ثبوت هذا الخيار لانعدام الرضا منها ورضاها يتم بسكوتها والثالث ان خيار العتق
يثبت للامة دون الغلام وخيار البلوغ يثبت لهما جميعا والفرق مر والرابع ان الجهل بخيار
البلوغ ليس بعذر حتى اذا قالت بعدما ادركت انما سكت لاني ما كنت اعرف الخيار لا يكون
عذرا فيبطل خيارها ولو قالت المعتقة ذلك يكون عذرا وان كان بعد زمان والفرق
ان الامة مشتغلة بخدمة المولى فلا تتفرغ لمعرفة احكام الشرع فيكون جهلها عذرا
لانه في موضعه بخلاف الحرة فانها متفرغة فلا يكون جهلها عذرا لانه في غير موضعه
والخامس ان خيار العتق يبطل بالقيام عن المجلس كالمخيرة وخيار البلوغ في الغلام والثيب
لا يبطل بالقيام عن المجلس لما ذكر في المتن وهو ان خيار العتق يثبت باثبات المولى فاعتبر
المجلس بخلاف خيار البلوغ فيهما لان ذلك لتوهم الخلل في مقاصد النكاح فلا يبطل
بالقيام عن المجلس اعتبارا بابتدا النكاح عليها بعد البلوغ غير ان سكوت البكر رضا
فبمجرد السكوت يبطل خيارها قوله ثم عندهما اذا بلغت الصغيرة وقد علمت
بالنكاح فسكتت فهو رضا يعني عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله اذا ادركت الصغيرة
والحال انها علمت بنكاح غير الاب والجد فسكتت بعد العلم فهو رضا بالنكاح اما اذا لم
تعلم باصل النكاح فلها الخيار الى ان تعلم النكاح فتسكت وذلك لان الجهل باصل النكاح عذر
لانه موضع الخفا لان الولي يتفرد بالنكاح فتكون معذورة بخلاف الجهل بخيار البلوغ
حيث لا تكون معذورة لان الدار دار اشاعة الاحكام فلا يكون الجهل في موضعه
بخلاف ما اذا جهلت الامة خيار العتق حيث تكون معذورة لا تتفرغ لمعرفة احكام
الشرع لكونها مشغولة بخدمة المولى قوله اذ يجي منه بالخدم وعطفا على قوله ما لم
يقل قوله اعتبارا لهذه الحالة بحالة ابتدا النكاح دليل للمسايل الثلاثة جميعا وهي خيار
البكر وخيار الغلام وخيار الجارية اذا دخل بها الزوج بيانه ان البكر الصغيرة اذا
ثبت لها الخيار بتزويج غير الاب والجد ثم ادركت فسكتت يبطل خيارها حيث يكون سكوتها
رضا كما اذا انشا العقد عليها ابتدا بعد البلوغ فسكتت وخيار الغلام الصغير اذا ادرك لا يبطل
بمجرد السكوت حتى يوجد منه الرضا صريحا او دلالة كما لا يبطل بمجرد سكوته عند انشا
العقد عليه وقت البلوغ وكذا خيار الصغيرة اذا دخل بها الزوج قبل البلوغ ثم ادركت
فسكتت لا يكون سكوتها رضا كما اذا سكتت عند انشا العقد عليها بعد البلوغ ما لم ترض صريحا
او دلالة قوله وخيار البلوغ في حق البكر لا يمتد الى اخر المجلس يعني يبطل بمجرده
السكوت قوله ولا يبطل بالقيام في حق الثيب والغلام اي لا يبطل خيار البلوغ
بمجرد القيام عن المجلس بل يمتد الى اخر المجلس في الثيب والغلام اعتبارا بابتدا النكاح
عليهما قوله بخلاف خيار العتق يتصل بقوله وخيار البلوغ في حق البكر لا يمتد الى
اخر المجلس يعني ان خيار العتق يمتد الى اخر المجلس لانه ثابت باثبات المولى لانه حكم العتق

وهو ثابت باثباته فاقتضى جوابا في المجلس بمنزلة جواب التمليك كما في المخيرة اما خيار
البلوغ فليس بثابت باثبات الزوج بل لتوهم الخلل في مقاصد النكاح وبمجرد سكوت
البكر رضا فلم يمتد الى اخر المجلس قوله وكذا بخيار العتق لما بينا اي كما ان الفرقة
بخيار البلوغ ليس بطلاق فكذا الفرقة بخيار العتق ليس بطلاق لانه يصح من
الانثى والطلاق لا يصح من المراة بخلاف المخيرة اذا قالت اخترت نفسي يقع الفرقة وتكون
طلاقا لانها نايبة عن الزوج وهو مالك للطلاق قوله وان مات احدهما قبل البلوغ
ورثه الاخر اي ان مات احد الزوجين قبل البلوغ يرثه الاخر وكذا اذا مات احدهما
بعد البلوغ قبل قضا القاضي بالتفريق يرثه الاخر لما ان اصل العقد صحيح ولهذا يحل
للزوج ان يطاها ما لم يفسخ القاضي النكاح بينهما بخلاف النكاح الفاسد حيث لا يثبت
حل الوطي والتوارث لان اصل العقد ليس بثابت وبخلاف ما اذا زوج الفضولي فمات
احد الزوجين قبل الاجازة حيث لا يثبت التوارث لان اصل العقد موقوف
فيبطل بالموت وهنا فيما نحن فيه صحيح فتنفرد بالموت لان الشي بانتهايه يتقرر قوله
به اي بالموت قوله قال ولا ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون اي قال الشيخ ابو
الحسين القدوري رحمه الله في مختصره لا ولاية لهولا المذكورين وذلك لان الولاية
المتعدية فرع الولاية القاصرة فاذا لم توجد هذه لا توجد تلك بيانه ان الاصل ان
يثبت ولاية المرء على نفسه ثم يتعدى الى غيره اذا وجد دليل التعدي وهولاء ليست
لهم ولاية على انفسهم فان لا يكون لهم ولاية على غيرهم بالطريق الاولى ولان الولاية
نظرية ولا نظر في تفويض الامر الى الصغير لقصور عقله والى المجنون لعدم عقله وتفسير
الولاية نفاذ قول الانسان على الغير شا او ابى قوله ولا ولاية لكافر على مسلمة لقوله
تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المومنين سبيلا اي على مسلمة صغيرة وفي بعض النسخ على مسلم
اي على مسلم صغير وهذا لان الولاية نفاذ القول على الغير شا او ابى فلا يجوز ان ينفذ قول
الكافر على المسلم ولهذا لا يجوز شهادة الكافر على المسلم وكذا لا يتوارثان لان الارث خلافة
وولاية والكافر مسلوب الولاية في حق المسلم بخلاف الكافر في حق الكافر فانه يزوج ولده
الكافر لقوله تعالى والذين كفروا بعضهم اوليا بعض ولهذا يجري التوارث بين الكفار كما
يجري بين المسلمين قوله ولغير العصبات من الاقارب ولاية التزويج عند ابي
حنيفة رضي الله عنه معناه عند عدم العصبات اراد بغير العصبات الام والاخت
والخال وساير ذوي الارحام فلهم ولاية التزويج عند عدم العصبات عند ابي حنيفة
رضي الله عنه وهي رواية ابي يوسف ومحمد عنه وروى الحسن عنه انه لا يثبت لهم ولاية
التزويج والولاية الى العصبة وهو قول ابي يوسف ومحمد والشافعي وهذا هو القياس
والاول استحسان كذا في المبسوط لكن قول ابي يوسف مضطرب ذكر قوله مع ابي
حنيفة في كتاب النكاح ومع محمد في كتاب الولا وذكر الكرخي ايضا قوله مع محمد وهو
الاشهر وجه قولهم حديث علي رضي الله عنه الانكاح الى العصبات ذكره محلى بالالف واللام
فيكون جميع الانكاح مفوضا الى من هو عصبة دون غيره لان مقتضى الالف واللام العموم
عند عدم العهد ولهذا لا يثبت لغير العصبات ولاية التصرف في المال ولابي حنيفة
رضي الله عنه ان علة الولاية الحاجة وشرطها صلاح الولي لما بينا وقد وجد الامران

في الام وسائر ذوي الارحام فيصح الانكاح والفقه فيه ان استحقاق الولاية باعتبار
الشفقة الناشئة عن القرابة و يوجد ذلك في الام وقرابتها كما يوجد في الاب وقرابته
فيثبت لذوي الارحام ولاية الانكاح وتقديم العصبات باعتبار العصوبة لا ينفي ولايتهم
كما في الارث ويدل على هذا قوله تعالى واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض في كتاب الله
مطلقا ولان هذه قرابة تفيد الارث عند عدم العصبات فتفيد ولاية الانكاح ايضا
عند عدمهم لان الخلافة في الملك فوق الخلافة في التصرف **قوله** ومن لا ولي لها يعني
العصبة من جهة القرابة اذا زوجها مولاها الذي اعتقها جاز اي من ليس لها عصبة
نسبية اذا زوجها مولى العتاقة جاز لانه وليها لانه اخر العصبات وانما انث الضمير الراجع
في لها الى من وان كان لفظ من مذكرا نظرا الى المعنى لانه اراد به الصغيرة ويجوز التذكير
والتانيث بالنظر الى اللفظ والمعنى كما في قوله تعالى ومن يقنت منكن الاية **قوله**
واذا عدم الاولياء فالولاية الى الامام والحاكم لقوله عليه السلام السلطان ولي من لا ولي
له قال في الفتاوى القاضي اذا زوج الصغيرة ولم يكن لها ولي ان شرط تزويج الصغائر في
منشور القضاء جاز نكاحه والا فلا ولو لم يكن السلطان امره بذلك فزوج صغيرة ثم اذن
له بذلك فاجاز ذلك النكاح لا يجوز قال الصدر الشهيد الصحيح عندي انه يجوز وقال في
الفتاوى الصغرى ولو زوج القاضي الصغيرة من ابنه كان باطلا وكذا اذا باع مال اليتيم
من نفسه لا يجوز لانه حكم وحكمه لنفسه لا يجوز ولو اشترى من وصي اليتيم يجوز وان
كان القاضي جعله وصيا لانه نائب عن الميت لا عن القاضي **قوله** واذا غاب الولي
الاقرب غيبة منقطعة جاز لمن ابعد منه ان يزوج اذا كان احد الوليين اقرب
والاخر ابعد فغاب الاقرب غيبة منقطعة جاز للابعد ان يزوج الصغيرة وقال
زفر لا يزوجها احد حتى يحضر الاقرب وقال الشافعي يزوجها السلطان وجه قول
زفر رحمه الله ان الابعد محجوب بالاقرب لان ولايته باقية لم تنقطع بالغيبة ولهذا
لم ينقطع التوارث بالغيبة ولهذا لو زوجها الاقرب من حيث هو فيه جاز ولهذا
يبقى تصرف الاقرب في مالها والشافعي يقول لما بقيت ولاية الاقرب وتعذر وصولها
اليه حفرنا نائب السلطان منابه دفعا للظلم كما لو عضلها الاقرب ولنا ان علة الولاية
الحاجة وشرطها صلاح الولي كما مر وقد وجد الامران في تزويج الابعد فينعقد وانما
يثبت الولاية لمعنى النظر للمولى عليها فلو لم يثبت الولاية للابعد في هذه الحالة يودي
الى تفويت المصالح المطلوبة من النكاح فيعود الامر على موضوعه بالنقض فلا يجوز
ذلك ثم النظر لها لا يحصل بمجرد راي الاقرب بل براية الحاضر المنتفع به فلما لم
ينتفع بها به التحق بمن لا راي له اصلا فصار كالصغير والمجنون فثبت الولاية له
للابعد ثم الابعد مقدم على السلطان والقاضي لوجود القرابة فيه دونهما يؤيده
قوله عليه السلام السلطان ولي من لا ولي له وهذه لها ولي فلا يكون السلطان وليا
والجواب عن تزوج الاقرب من حيث هو فيه فنقول لا نسلم انه يصح ولئن سلمنا انه
يصح فنقول انما يعتبر ولاية الاقرب قبل تزويجه كيلا يلحق الضرر بالصغيرة لان
بفوات الكفو فلما زوجها من حيث هو فيه ارتفع الضرر فاعتبرت ولايته او نقول للاقرب
قرب القرابة وبعد التدبير وللابعد بعد القرابة وقرب التدبير فصار الوليين في درجة

فايهما زوج جاز فان قيل ———— لا نسلم ان راي الاقرب
ليس بمنتفع به وللانتفاع به طرق مثل ارسال الرسول وكتبة الكتاب وتوكيل الاقرب وكيلا
يزوجها حيث هي فيه وذهاب الكفو والصغيرة الى حيث الاقرب فيه قلنا ————
اما ذهاب الكفو والصغيرة في غاية الندرة فلا يعتد بالنادر والرسول والكتاب والوكيل لا
يكون الابعد اعلام الغائب والكفو لا ينتظر الى ذلك ظاهرا وغالبا فيفوت المقصود والباقي
يعرف في طريقة الخلاف **قوله** والغيبة المنقطعة ان يكون في بلد لا تصل اليه القوافل
في السنة الا مرة وهو اختيار القدوري اعلم ان في حد الغيبة المنقطعة كلاما واختيار
القدوري انه يكون الاقرب في موضع لا تصل اليه القوافل في السنة الا مرة واحرم فكر
هذه الرواية محمد بن شجاع عن اصحابنا وكان عصمة سعد بن معاد المروزي يقول لا دنى مدة السفر
يكفي لذلك وهو ثلاثة ايام ولياليها وعليها جماعة من المتاخرين منهم القاضي ابو علي النسفي وعليه فتوى
الصدر الشهيد واختاره الولوالجي في فتاواه وروي عن محمد روايتان في شرح الطحاوي في رواية
من الكوفة الى الري وهي خمس وعشرون مرحلة وفي رواية من بغداد الى الري وهي عشرون مرحلة
كذلك روى ابن سماعة عن ابي يوسف ايضا وروي عن ابي يوسف في شرح الكافي من جابلقا الى جابلسا
دمما قرينان احدهما بالمغرب والاخر بالمشرق قالوا هذا يجيء قول زفر انه اذا كان لا يدري اين
هو فهي غيبة منقطعة اي انقطع خبره قال في شرح الكافي هذا منه رجوع الى قول زفر ان
الولاية لا تثبت للابعد فانما ذكر هذا على طريق المثل وقال بعضهم اذا كان في موضع لا تختلف
القوافل فهي غيبة منقطعة وقال بعضهم الغيبة المنقطعة مسيرة شهر فصاعدا وما دونه
فليس بغيبة منقطعة وقال بعض مشايخنا حدها ان يكون جوالا من موضع الى موضع فلا يوقف
على اثره او يكون مفقودا لا يعرف خبره وقيل ان كان في موضع يقطع الكرا الى ذلك الموضع
بدفعة فليست بغيبة منقطعة وان كان يقطع بدفعتين فالغيبة منقطعة وقال ابو بكر محمد
بن الفضل امام بخارى ان كان في موضع لا ينتظر الكفو حضوره ولو وع اذنه تكون منقطعة
والا فلا وهو اختيار الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي واختيار شمس الائمة السرخسي
في شرح الكافي واختيار صاحب الهداية وصاحب خلاصة الفتاوى **قوله** واذا اجتمع في
المجنونة ابوها وابنها فالولي في نكاحها ابنها في قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ابوها
قال في تحفة الفقهاء عن ابي يوسف روايتان في رواية محمد عنه ان الابن اولى وفي رواية المعلى
عنه ايهما زوج جاز واذا اجتمعا فينبغي للابن ان يفوض التزويج الى الاب تعظيما له واخذ
الطحاوي في مختصره بقول محمد رحمه الله لمحمد ان هذه الولاية نظرية ونظر الاب اكثر لان
شفقته اوفر فيكون الولاية له لا للابن كما في تصرف المال ولهما ان الانكاح الى العصبات
بالحديث والابن مقدم في العصوبة وميراثه اكثر من ميراث الاب الا ترى انهما اذا اجتمعا
يكون السدس للاب والباقي للابن فيكون ولاية الانكاح للابن لا للاب ولا نسلم ان شفقة
الاب اوفر ولئن سلمنا لكن لا نسلم ان زيادة الشفقة معتبرة وشفقة الجد ابي الاب اكثر
وله تصرف في المال دون الابن ومع هذا يقدم الابن عليه بالاتفاق وكذا يقدم الاخ
على الجد ابي الام في الانكاح وان كان شفقة الجد اكثر فعلم ان زيادة الشفقة لا اثر لها بل
الاثر للعصوبة **قوله** وهذه الولاية مبنية عليها اي ولاية الانكاح مبنية على العصوبة
قوله ولا معتبر بزيادة الشفقة جواب لقول محمد وقد مر بيانه ————

فصل في الكفاءة قوله الكفاءة معتبرة في النكاح وهذا بلا خلاف بين اصحابنا الا ما حكي عن ابي الحسن الكرخي قال الاصح عندي انها غير معتبرة وهو قول مالك وسفيان وذلك لان الكفاءة ليست بمعتبرة فيما هو اهم من النكاح وهي الدما فلان لا تعتبر في النكاح اولى يؤيده قوله تعالى ان اكرمكم عند الله اتقاكم وقال ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي وكان ابو الحسن الكرخي يخالف اصحابنا في اعتبار الكفاءة من جهة النسب والصناعات وقال هم اكفا في الانفس والقصاص ففي النكاح اولى بان يكونوا اكفا وكان يقول ان صح اعتبار الكفاءة ففي المهر والنفقة لان المهر بدل البضع والنفقة مستحقة بتسليم نفسها ولنا ما روى محمد في كتاب الآثار عن ابي حنيفة عن رجل عن عمر بن الخطاب قال لامنعن فروج ذوات الاحساب الا من الاكفا وقال محمد في الاصل بلغنا عن عمر بن الخطاب انه قال لامنعن النسا ان يزوجن الا من الاكفا وروي في الجامع الترمذي مسندا الى واثلة بن الاسقع رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الله اصطفى من ولد ابراهيم اسماعيل واصطفى من ولد اسماعيل بني كنانة واصطفى من بني كنانة قريشا واصطفى من قريش بني هاشم واصطفاني من بني هاشم ولا شك ان غير المختار لا يماثل المختار وقول صاحب الهداية قال عليه السلام الا لا يزوج النسا الا الاوليا ولا يزوجن الا من الاكفا ليس بثابت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم والاصل في ذلك حديث عمر وقد ذكره عمر ولم يخالفه الصحابة فحل محل الاجماع يؤيده ما ذكر الترمذي مسندا في جامعه الى علي بن ابي طالب ان النبي صلى الله عليه وسلم قال له يا علي ثلاث لا تؤخرها الصلاة اذا اتت والجنازة اذا حضرت والايم اذا وجدت لها كفوا ثم الكفاءة اعتبرت في الحرب وهي في ساعة واحدة فلان تعتبر في النكاح وهو عقد عمر اولى بيانه ان عتبة وشيبة والوليد خرجوا يوم بدر للمبارزة فخرج اليهم ثلاثة من فتيان الانصار فقالوا لهم انتسبوا فانتسبوا فقالوا ابنا قوم كرام ولكنا نريد اكفانا من قريش فرجعوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم واخبروه بذلك فقال صدقوا ادا لهم حمزة وعليا وعبيدة بن الحرث وروى البخاري باسناده الى ابي ذر رضي الله عنه قال نزلت هذان خصمان اختصموا في ربهم في ستة من قريش علي وحمزة وعبيدة بن الحرث وشيبة بن ربيعة وعتبة والوليد بن عتبة ولان النكاح يشتمل على مصالح من السكن والازدواج وحسن العشرة وغير ذلك ولا يتم ذلك الا من الاكفا لان الشريفة تابى ان تكون مستفرشة لمن لا يكافيها من الاخسا فاعتبرت الكفاءة في جانب الرجل بخلاف جانب المراة حيث لا يعتبر الكفاءة حتى لو تزوج شريف خسيسة لا يفرق بينهما لانه يستبد بالطلاق اذا لم يرض بها ثم الكفاءة معتبرة في النكاح في ستة اشيا في النسب والمال والحرية والتقوى وفي اسلام الاب والحرفة والعقل في الثلاثة الاول اتفاق وفي الباقي اختلاف واما العقل فلا رواية فيه عن اصحابنا المتقدمين وقد اختلف فيه المتاخرون قوله واذا زوجت المراة نفسها من غير كفو فللاوليا ان يفرقوا بينهما دفعا لضرر العار عن انفسهم وهذه المسيلة ثمرة اعتبار الكفاءة في النكاح ولا يكون التفريق الا بقضا القاضي وبه صرح في نسخ المبسوط وقال الحاكم الشهيد في المختصر وحكم الطلاق والظهار والايلا والتوارث وغير ذلك من احكام النكاح قايم بينهما ما لم يفرق القاضي بينهما فاذا فرق بينهما كانت فرقة بغير طلاق ولا مهر لها عليه ان لم يكن دخل بها فان كان قد دخل بها او خلا بها فلها ما سمي من المهر وعليها العدة ثم قال والعبد ليس بكفو للحرة وكذلك المكاتب والمدبر

واذا تزوجت المراة غير كفو فرضي به احد الاوليا جاز ذلك ولم يكن لمن هو مثله في الولاية او ابعد منه ان ينقضه فان كان لها ولي اقرب منه كان له المطالبة بالتفريق وقال ابو يوسف في نوادر هشام واذا راى احد الوليين بغير كفو فللآخر الذي هو مثله ان لا يرضى وسكوت الولي عن المطالبة بالتفريق ليس برضا منه بالنكاح وان طال ذلك حتى تلد وله الخصومة اذا شا واذا زوجها الولي غير كفو ثم فارقته ثم تزوجت به بغير ولي كان للولي ان يفرق بينهما واذا تزوجت غير كفو فجاز الولي وقبض المهر وجهزها فهذا منه رضا بالنكاح ولو خاصم الولي في نفقتها او مهرها بوكالة منها فهو رضا ايضا استحسانا قوله والاصل فيه قوله عليه السلام قريش بعضهم اكفا لبعض بطن ببطن اي الاصل في اعتبار الكفاءة في النسب هذا الحديث وفي صحة هذا الحديث نظر لانه لم يثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وانما هو لفظ الجامع الصغير قال محمد فيه عن يعقوب عن ابي حنيفة قال قريش بعضهم اكفا لبعض والعرب بعضهم اكفا لبعض والموالي من كان له ابوان فصاعدا بعضهم اكفا لبعض الى هنا لفظ الجامع الصغير ولفظ محمد في الاصل كذلك ايضا ولم ينسبه الى النبي صلى الله عليه وسلم ثم اعلم ان قريشا هم اولاد النضر بن كنانة وقال ابن عباس رضي الله عنه القريش دابة في البحر من احسن دوابه لا تدع من الغث والسمين شيا الا اتت عليه وقال اللهبي

وقريش هي التي تسكن البحر بها سميت قريش قريشا • تاكل الغث والسمين ولا تترك فيه لذي الجناحين ريشا • هكذا في البلاد حي قريش • ياكلون البلاد اكلا كميشا • ولهم اخر الزمان نبي • يكثر القتل فيهم والخموشا •

والتقرش حصد رفشت الافعى وهو صوتها من جلدها وقيل سميت قريشا لكسبهم وتجاراتهم في البلاد لان القرش هو الكسب وقال ابن الجمهرة قال اخرون سميت قريش قريشا بقريش بن مخلد بن غالب بن فهر وكان صاحب عيرهم فكانوا يقولون قدمت عير قريش وخرجت عير قريش وقال قوم سميت قريشا لان قصيا قرشها اي جمعها من الاقطار الى مكة ولذلك سمي قصي مجمعا قال الفضل بن عباس بن عتبة بن ابي لهب

ابونا قصي كان يدعى مجمعا • به جمع الله القبايل من فهر •
وقال ايضا • نحن كنا سكانها من قريش • وبنا سميت قريش قريشا •

والى هذا القول ذهب ابو عبيدة معمر بن المثنى التيمي في كتابه ثم اعلم ان قريشا ثلاثة اصناف صنف منهم قريش الاباطح ويسمون ايضا قريش البطاح وصنف منهم قريش الظواهر وصنف منهم ليسوا من الاباطح ولا من الظواهر اما قريش الاباطح فبنو عبد مناف واسد بن عبد العزى بن قصي وزهرة وتيم ومخزوم وسهم وجمح وعدي وبنو حسل بن عامر بن لوي وبطنان من بني الحارث بن فهر واما قريش الظواهر فبنو الادرم بن غالب وبنو محارب وبنو فهر الا البطنين وبنو معيص بن عامر بن لوي واما الذين هم لا من قريش فليسوا من الاباطح ولا الظواهر وذلك انهم خرجوا عن مكة فتفرقوا في البلاد منهم سامة بن لوي وقع بعمان وجشم بن لوي وهو خزيمة وقع باليمامة فهم في بني هزان من عنزة في شيبان وبنو الحرث بن لوي وهم ايضا في بني ابي ربيعة بن شيبان بن ذهل بن شيبان وانما سموا الاباطح لان قصيا ادخلهم معه الى بطن مكة واقام الاخرون بالظواهر فيهم سمي قصي مجمعا كذا ذكر محمد بن حبيب في شرح ديوان كثير في قصيدته التي مدح بها عبد العزيز بن مروان عبده قوله • اغر بطاحي كان جبينه • صفيحة سيف في جلاوة صيقل • والبيان قبل

هذا البيت • اقل الثوا واصرف الجيش نحوه • فخير مسير للركاب ومحمل •
الى ماجد الاعراق وار زناده • اشم مجم في بني النضر محول •

ثم طبقات العرب ست فالشعب يجمع القبايل والقبيلة تجمع العمارة والعمارة تجمع البطون والبطن تجمع الافخاذ والفخذ تجمع الفصايل خزيمة شعب وكنانة قبيلة وقريش عمارة وقصي بطن وهاشم فخذ والعباس فصيلة وسميت الشعوب لان القبايل تشعبت منها **قوله** والموالي بعضهم اكفا لبعض رجل برجل هذا ليس بحديث وقد مر بيانه يعني لا يعتبر النسب فيهم بل الكفاءة فيهم تعتبر في الدين وذلك لان الموالي وهم العجم ضيعوا انسابهم فلم يكن التفاخر بينهم بالنسب فالهند والترك والفرس سوا قال صدر الاسلام البزدوي في مبسوطه وهو اخو فخر الاسلام البزدوي هم فالموالي وهم العجم ليسوا باكفا للعرب وسموا موالي لانهم نصروا العرب على قتال الكفار من اهل الحرب والناصر يسمى مولى قال تعالى وان الكافرين لا مولى لهم وانما كان هكذا لان العرب افضل من العجم لكان رسول الله **قوله** ولا يعتبر التفاضل فيما بين قريش لما روينا انا ردة الى قوله عليه السلام قريش بعضهم اكفا لبعض حتى لو تزوجت هاشمية قرشيا لم يرد عقدها وان تزوجت عربيا غيرها فلا وليا حق الرد الا ترى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم زوج بنته رقية من عثمان ثم زوج عليه السلام ابنته ام كلثوم عثمان بعدما ماتت رقية ولهذا سمي عثمان ذا النورين وكان اموياً لا هاشمياً وزوج علي رضي الله عنه ابنته ام كلثوم من عمر وكان عدوياً لا هاشمياً فثبت ان قريشا كلهم سوا اما بيانه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم هو محمد بن عبد الله بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف بن قصي بن كلاب بن مرة بن كعب بن لوي بن غالب بن فهر بن مالك بن النضر بن كنانة بن خزيمة بن مدركة بن الياس بن مضر بن نزار بن معد بن عدنان اقتصر البخاري في نسب رسول الله صلى الله عليه وسلم على عدنان وعمر رضي الله عنه كان ابن الخطاب بن نفيل بن عبد العزى بن رياح بن عبد الله بن قرط بن رزاح بن عدي بن كعب بن لوي بن غالب بن فهر بن مالك بن النضر بن كنانة ورياح بكسر الرا وبالبا تحتها نقطتان وعثمان رضي الله عنه كان ابن عفان بن ابي العاص بن امية بن عبد شمس بن عبد مناف وعلي رضي الله عنه كان ابن ابي طالب بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف وربما يحتاج في ذلك معرفة ابي بكر الصديق رضي الله عنه وهو عبد الله بن عثمان بن عامر بن عمرو بن كعب بن سعد بن تيم بن مرة وهنا يلتقي نسبه بنسب رسول الله صلى الله عليه وسلم والايمة الاربعة كلهم من قريش لانهم من اولاد النضر بن كنانة كما ترى **قوله** وعن محمد رحمه الله الا ان يكون نسبا مشهورا كاهل بيت الخلافة يعني قال محمد لا يعتبر التفاضل فيما بين قريش الا ان يكون النسب نسبا مشهورا في الحرمة كاهل بيت الخلافة فحينئذ يعتبر التفاضل حتى لو تزوجت قرشية من اولاد الخلفا قرشيا ليس من اولاد الخلفا يكون للاوليا حق الرد وكانه قال هذا لتسكين الفتنة وتعظيم امر الخلافة لا لانعدام اصل الكفاءة **قوله** وبنو باهلة ليسوا باكفا لعامة العرب وذلك لخستهم قال قايلهم • فما ينفع الاصل من هاشم اذا كانت النفس من باهلة • قال في الديوان باهلة قبيلة من القيس وقال ابو عبيدة معمر بن المثنى هو باهلة بن يعصر بن سعد بن قيس بن عيلان وهو عيلان بالعين المهملة اسمه الياس بن مضر واما غيلان بالغين المعجمة فهو اسم ذي الرمة وقتيبة بن مسلم بن عمرو الباهلي منهم قد فتح خراسان الى فرغانة فليس يعرف في الاسلام اعظم غناء ولا اكثر فتوحا ولا انكا في عدو المسلمين ولا ايمن نقيبة وطايرا منه لم ترد له راية **قوله** واما الموالي فمن كان له ابوان

في الاسلام فصاعدا فهو من الاكفا يعني لمن له ابا فيه اي ابا كثيرة في الاسلام تفسيره ضد افيما ذكره فخر الاسلام البزدوي رحمه الله في شرح الجامع الصغير وقال حتى ان امراة من الموالي لو تزوجت رجلا له ابوان في الاسلام والحرية ولها ابا فيه لم يعترض على عقدها لان التعريف يقع بالابوين فلا يعتبر الفضل على ذلك كما لا يعتبر في الشهادات واما اذا كانت تزوجت معتقا او من قد اسلم بعد كفره لم يكن كفوا لها لان مفاخرة العجم بالاسلام والحرية فان كان للزوج اب واحد في الحرية والاسلام لم يكن كفوا لمن له في ظاهر الجواب والذي له اب واحد لا يكون كفوا لامراة لها ابوان وعن ابي يوسف انه الحق الواحد بالمثنى كما قال في التعريف **قوله** كما هو مذهبه في التعريف اي في تعريف الشخص في الشهادة فان الشهود اذا ذكروا اسم الغايب واسم ابيه يحصل التعريف عند ابي يوسف ولا حاجة الى ذكر الجد وعندهما لا يحصل التعريف ويشترط ذكر الجد **قوله** والكفاءة في الحرية نظيرها في الاسلام في جميع ما ذكرنا يعني من كان حرا لابوين يصير كفوا لمن لها عشرة ابا في الحرية ومن كان حرا بنفسه او حرا باب واحد لا يكون كفوا لامراة لها ابوان في الحرية وعن ابي يوسف انه الحق الواحد بالمثنى وذلك لان الرق اثر من اثار الكفر وفيه معنى الذل فكان هو بمنزلة اصل الدين من الوجه الذي ذكرنا **قوله** قال وتعتبر ايضا في الدين اي في الديانة اي قال محمد في الجامع الصغير وتعتبر الكفاءة في الدين واراد به الديانة اي التقوى والزهد والصلاح وانما فسر صاحب الهداية الدين بالديانة كيلا يلزم التكرار في البيان اعني لو اريد من الدين الاسلام كما قال تعالى ان الدين عند الله الاسلام يلزم التكرار لان الاعتبار للاسلام مر بيانه مرة ثم اعتبار الكفاءة في الديانة مذهب ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله حتى ان امراة من بنات الصالحين لو تزوجت رجلا من اهل الفسق كان للاوليا حق الرد لان التفاخر بالدين من اعلى المفاخر واولاها وقال محمد رحمه الله الديانة من امور الاخرة فلا تعتبر الكفاءة في النكاح فيها لان النكاح من امور الدنيا الا اذا كان الفسق شيئا فاحشا كرجل يخرج الى السوق سكران ويلعب به الصبيان او يصفع ويسخر منه فحينئذ تعتبر الكفاءة في الديانة ويكون للاوليا حق الرد دفعا للضرر العار وعن ابي يوسف رحمه الله قال الذي يشرب المسكر فان كان يشرب سرا ولا يخرج سكران كان كفوا وان كان يعلن ذلك لم يكن كفوا لامراة صالحة من اهل البيوتات لان الشين في الاعلان كذا في شرح الكافي والايضاح **قوله** وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف هو الصحيح اي اعتبار الكفاءة في الدين قولهما جميعا هو القول الصحيح واحترز بالصحيح عن رواية اخرى عن ابي يوسف رحمه الله انه لم يعتبر الكفاءة في الدين حتى قال اذا كان الفاسق ذا مروءة يكون كفوا وقالوا في شروح الجامع الصغير اراد به اعوان السلطان اذ الكل تجب لهم مهابة عند الناس **قوله** والمراة تعير اي تعاب قال في الجمهرة عيرت الرجل دينه بالعار **قوله** بضعة النسب اي بدناءته وهي بكسر الضاد وفتحها جميعا من قولهم رجل وضيع **قوله** وتعتبر في المال وهو ان يكون مالكا للمهر والنفقة وهذا هو المعتبر في ظاهر الرواية اي تعتبر الكفاءة في المال واعتبارها ان يكون الزوج مالكا للمهر والنفقة وهذا تفسير القدوري في مختصره اعتبار الكفاءة في المال وقال صاحب الهداية هو المعتبر في ظاهر الرواية اي كون الزوج مالكا للمهر والنفقة في اعتبار الكفاءة في المال

هو المعتبر في ظاهر الرواية اي كون الزوج مالكا للمهر والنفقة في اعتبار الكفاءة في المال
حتى ان العاجز عنهما او عن احدهما لا يكون كفوا وانما احترز بظاهر الرواية عما روي في
النوادر عن ابي بكر الاسكاف في رجل له عشرة الاف درهم يريد ان يتزوج امراة لها
مائة الف واخوها لا يرضى بذلك قال لاخيها ان يمنعها من ذلك ولا يكون كفوا وسئل ابو
القاسم عن ذلك قال رايت في كتاب نصير بن يحيى عن ابي يوسف ان المال لا يعتبر في الكفاءة
قال ابو القسم وانا افتي به وشرنه الفقيه ابو الليث وقال يجب اذا كان الزوج يملك مقدار نفقتها
ولكن مال المراة اكثر فلا عبرة لقلة المال وكثرته اذا كان الزوج والمراة كلاهما من العجم
ولم يكن في الزوج معنى يستنكف منه بان لا يكون دباغا ولا حجاما ولا حايكا وهو يقدر على
نفقتها فهو كفو لها وقال بعضهم ينبغي ان يملك مقدار مهرها وزيادة على نصف مهرها قال
الفقيه قول ابي القسم احب الي وبه ناخذ اما اعتبار المهر فلانه بدل البضع فلا بد من تسليمه
والمراد منه ما تعارف تعجيله استحسانا وما سواه فهو موجد عادة وسيجي بيانه في باب
المهر ان شاء الله والعجز عن ذلك لا يسقط الكفاءة واما اعتبار النفقة فلان حاجة المراة
يندفع بها ويحصل بها قوام الازدواج والمراة الى المهر والنفقة احوج منها الى نسب
الزوج وصحة النسب لما اسقط الكفاءة فلان يسقطها العجز عن المهر والنفقة اولى
قوله وعن ابي يوسف انه اعتبر القدرة على النفقة دون المهر لانه تجري المساهلة
في المهر وهو ما روى الحسن بن ابي مالك رحمه الله ان ابا يوسف قال في الكفو الذي يقدر
على المهر والنفقة قلت فان كان يملك المهر دون النفقة قال ليس بكفو قلت فان ملك النفقة
دون المهر قال يكون كفوا قال الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير في تعليله لان المهر تجري
فيه التسهيل والتاجيل ويعتبر قادرا على المهر بيسار ابيه وامه وجده وجدته كما في اداء الزكاة
الى ولد الغني لا يصح استحسانا في احدى الروايتين عن ابي حنيفة وهو قولهما ولا يعتبر
قادرا على النفقة بسبب يسار الاب لان الاباء في العادات يتحملون عن الاولاد المهور
الغالبة اما النفقة الدارة فلا **قوله** واما الكفاءة في الغنى فمعتبرة في قول ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله وهذا غير ظاهر الرواية عنهما حتى ان القادر على المهر والنفقة لا يكون
كفوا لامراة فائقة اليسار وهو اختيار ابي بكر الاسكاف رحمه الله وذلك لان التفاخر
بالغنى واقع في العادات ولهذا قالت عائشة رضي الله عنها رايت ذا المال مهيبا وذا الفقر
مهينا وانما قيدنا بغير ظاهر الرواية لان ظاهر الرواية عنهما ان المعتبر في الكفاءة في المال
القدرة على المهر والنفقة دون ما سواهما هكذا ذكر في كتاب النكاح وقال ابو يوسف
اذا كان قادرا على ايفاء ما يعجل لها باليد ويكتسب ما ينفق عليها يوما بيوم كان كفوا لها لانه
لا ثبات لهذا الوصف لان المال غاد ورائح فلا يعتبر والاصح ان الكفاءة في كثرة المال
ليست بمعتبرة لان التفاخر به مذموم قال تعالى الهاكم التكاثر حتى زرتم المقابر الاية
التكاثر التباري في الكثرة والتفاخر بها وروى الفقيه في حديث ابي هريرة رضي الله عنه
وانه قال تعس عبد الدينار والدرهم الذي ان اعطي مدح وضج وان منع قبح وكلح تعس
فلا انتعش وشيك فلا انتقش قوله ضج اي صاح وهذا كما يقال فلان يمدح ويكل يقول
اذا اعطي خاصم وجادل دونك وتعس اي عثر منه يقال تعسا له فلا انتعش اي لا قام من
مصرعه وشيك اي اصيب بالشوك فلا انتقش اي فلا اخرجه من الموضع الذي دخل فيه

وقال

وقال في خلاصة الفتاوي العجمي العالم كفو للعربي الجاهل وكذا العالم الفقير كفو للجاهل الغني وذكر
تتمة الفتاوي ان القروي كفو للمدني والعالم كفو للعلوية **قوله** وتعتبر في الصنائع هذا لفظ
القدوري قال صاحب الهداية وهذا عند ابي يوسف ومحمد وعن ابي حنيفة في ذلك روايتان
وعن ابي يوسف انه لا يعتبر الا ان يفحش كالحايك والحجام والدباغ وقال فخر الاسلام والصدر
الشهيد والعتابي تعتبر الكفاءة في الحرف عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف لا يعتبر
وذكر صاحب الايضاح وصاحب التحفة وصاحب المحيط على قول ابي حنيفة لا يعتبر واعتبرها
ابو يوسف ولم يذكر قول محمد وقال شمس الائمة السرخسي رحمه الله في المبسوط ان ذلك غير معتبر
اصلا عند ابي حنيفة ثم قال وعن ابي يوسف انه يعتبر حتى ان الدباغ والحجام والحايك والكناس
لا يكون كفوا لبنت بزاز او عطار ولم يذكر قول محمد وقالوا لو الحي في فتاواه قال محمد الكفاءة
فيها معتبرة رواية واحدة وقال ابو يوسف لا يعتبر الا اذا كان يفحش كالحايك والحجام والدباغ
وعن ابي حنيفة روايتان وقال الامام الاسبيجابي رحمه الله في شرح الطحاوي الكفاءة من جهة
الحرفة معتبرة فما تقارب بعضها ببعض يكون كفوا كالبزاز مع الصايغ والعطار وما تباعد
لا يكون كفوا كالحجام والكناس والخياط والدباغ فهولاء كلهم بعضهم اكفاء لبعض ولا يكون كفوا
لسائر الحرف ولم يذكر الخلاف عن اصحابنا رضي الله عنهم فعلم ان ظاهر الرواية عنهم انها معتبرة
كما ذكر القدوري ولهذا ذكر الشيخ ابو نصر في شرحه وعن ابي حنيفة ٢ انه لا يعتبر بعد ما
اثبت قوله ويعتبر في الصنائع بلا ذكر الخلاف وكذا ذكر صاحب المنافع مثل ما ذكر القدوري
بلا خلاف وقال بعض مشايخنا هذا اختلاف عصر وزمان فابو حنيفة بني الامر على عادة
العرب ان مواليهم يعملون هذه الاعمال لحاجتهم وحاجة مواليهم ولا يقصدون بها الحرف
فلا يعيرون بها وابو يوسف اجاب على عادة العجم انهم اتخذوا هذه الصناعات حرفة
ويعيرون بالدني من ذلك فلم يكن بينهم خلاف في الحقيقة ففي كل بلد يكون عادتهم التعيير به
والتفاخر في الحرف يعتبر فيه الكفاءة كذا ذكر صاحب التحفة **قوله** وجه القول
الاخر وهو عدم اعتبار الكفاءة في الصنائع **قوله** من الخسيسة اي من الحرفة الخسيسة
منها من الحرف **قوله** قال واذا تزوجت المراة ونقصت عن مهر مثلها فللاولياء الاعتراض
عليها عند ابي حنيفة رضي الله عنه حتى يتم لها مهر مثلها او يفارقها وقالا ليس لهم ذلك اي
قال القدوري في مختصره اذا تزوجت المراة على الوجه المذكور يثبت للاولياء حق
الاعتراض حتى يوجد احد الامرين اما اتمام مهر المثل او المفارقة وهو قول زفر
ايضا كذا في شرح الاقطع وقال ابو يوسف ومحمد ليس لهم الاعتراض قال صاحب
الهداية وهذا الوضع انما يصح على قول محمد على اعتبار قوله المرجوع اليه في النكاح
بغير الولي وقد صح ذلك وهذه شهادة صادقة عليه اي هذه المسئلة شهادة صادقة
على رجوع محمد الى قولهما بيانه ان محمدا صحح نكاحها بغير الولي حيث قال ليس لهم الاعتراض
مع انها نقصت عن مهر مثلها فاقول هذا تكلف من صاحب الهداية لان وضع المسئلة
يصح على قول محمد على اعتبار قوله الاول ايضا في الصورتين الاخريين وقد صرح
بهما صاحب المختلف احداهما ان ياذن الولي لها بالتزوج ولم يسم مهرا فعقدت
على هذا الوجه والثانية لو اكره السلطان امراة ووليها على تزويجها بمهر قليل ففعلا
ثم زال الاكراه فرضيت هي دون الولي وقوله في هاتين الصورتين مع ابي يوسف رحمه

الله لهما ان ما زاد على العشرة من الدراهم حق المراة فصار النقصان فيه كالنقصان
في ثمن المبيع فلا يعترض عليها لانها تصرفت في خالص حقها ولهذا لو ابرأت زوجها
عن مهرها بعد ما تزوجها بمهر المثل لا يعترض عليها فكذا ههنا ولابي حنيفة وزفر
انها لما نقصت عن مهر مثلها الحقت الضرر بنسائها والشين باوليائها فيعترض كما اذا
تزوجت من غير كفو بيان الاول ان المدة قد تطول فيعتبر مهور مثل نسائها
بهذه فيحصل لهن الضرر لانه لا يعلم انه كان نقصانا وبيان الثاني ان الاولياء يعمل
لهم التفاخر والتعيير بزيادة المهر ونقصانه فيثبت لهم الاعتراض دفعا للشين الواقع
من نقصان المهر وذاك ان الاولياء لهم حق الاعتراض في ترك الكفاءة وفيه الحاق
الشين وحرج وههنا اولى ان يثبت لهم الاعتراض لان فيه الشين بالاولياء والضرر بالنساء بخلاف
الابراء بعد التسمية والنقصان في ثمن المبيع حيث لا يلحق الشين لان ذلك يدل على كرمها وجودها
وقولهما ان ما زاد على العشرة حق المراة فلا نسلم ذلك وهذا لان في المهر حقوقا ثلاثة احدها حق
الشرع وهو ان لا يكون اقل من عشرة دراهم او ما يساويها والثاني حق الاولياء وهو ان لا يكون
اقل من مهر المثل والثالث حق المراة وهو كونه ملكا لها ثم حق الشرع والاولياء مراعى لدى
الثبوت فحسب فلا حق للشرع ولا للاولياء في حالة البقاء الا ترى انها لو زوجت نفسها بعشرة
ثم ابرأت الزوج لا يتعرض لها الشرع في ذلك وكذا لو زوجت نفسها بمهر المثل ثم ابرأت
الزوج لم يكن للاولياء ولاية التعرض **قوله** لا يعير به هو مصدر مبني على الفتح من لا لنفي
الجنس اي لا تعيير للاولياء بالابراء بعد التسمية فلما لم يحصل لهم التعيير لم يثبت لهم الاعتراض وقد
مر بيانه **قوله** واذا زوج الاب بنته الصغيرة ونقص من مهرها او ابنه الصغير وزاد في
مهر امراته جاز ذلك عليهما ولا يجوز ذلك لغير الاب والجد وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز
الحط والزيادة الا بما يتغابن الناس فيه قال في كتاب النكاح ويجوز تزويج الاب المسلم ابنته
الصغيرة باقل من مهر مثلها وابنه الصغير امراة باكثر من مهر مثلها وان كان ذلك فاحشا
في قول ابي حنيفة ولا يجوز في قول ابي يوسف ومحمد اذا كان ذلك فاحشا ولم يفسر جاز الا يجوز
على قولهما فعن هذا اختلف المشايخ على قولهما قال بعضهم الزيادة والنقصان لا يجوز واصل النكاح
صحيح لان المانع هنا من قبل التسمية وفسادها لا يمنع صحة النكاح كما لو تركها اصلا او تزوجها
على خمر او خنزير والاصح ان النكاح لا يجوز عندهما وعليه شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي
وفخر الاسلام في شرح الجامع الصغير واختاره صاحب الهداية فيها والولوالجي في فتاواه
وصرح به الامام الاسبيجابي رحمه الله في شرح الطحاوي بان العقد لا يجوز عندهما وفيما
يتغابن الناس في مثله جاز العقد بالاجماع كذا في شرح الطحاوي ايضا وذكر ابو بكر الرازي
في شرحه لمختصر الطحاوي فقال وذكر هشام عنهما ان النكاح باطل لا يجوز اذا زوجها باقل
من مهر المثل بما لا يتغابن فيه وقول زفر مثل قول ابي حنيفة رضي الله عنه كذا في شرح
الاقطع وقال الشافعي العقد جائز والتسمية لا تصح فيجب للصغيرة مهر مثلها ويسقط ما زاد
على مهر امراة الصغير وجه قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ان ولاية الانكاح مقيدة بشرط
النظر ولا نظر في الغبن الفاحش فيبطل العقد كما اذا باع او اشترى الاب في مال الصغير او
الصغيرة بغبن فاحش وكما اذا زوجهما غير الاب والجد ولابي حنيفة رضي الله عنه ان حكم الولاية
مدار على دليل النظر وهو قرب القرابة وقد وجد فيصح النكاح وهذا لان المقصد الاصلي

من النكاح الوصلة وشرف الزوج وحسن اخلاقه لا المال والظاهر من حال الاباء النظر
فيما هو مصلحة الصغار والصغاير وان لا يختاروا الحط والزيادة الا لمقاصد تزيد على المهر
لانهم ينظرون لاولادهم فوق ما ينظرون لانفسهم وهذا في النكاح الذي هو عقد سنة
وديانة فاما التصرفات المالية كالبيع والشراء والاجارة والاستيجار والصلح في دعوى المال
لا يملك الاب والجد ذلك بغبن فاحش بالاجماع لان المقصود المال وقد حصل النقصان
فيه بلا جابر فلم يجز وفي النكاح وجد الجابر وهو ما قلنا من المقاصد حتى لو عرف من الاب
سوء الاختيار لمجانة او فسقا كان عقده باطلا بخلاف الاخ والعم فان شفقتهما قاصرة فيحمل
تقصيرهما في المهر على ترك النظر والميل الى الرشوة فيكون العقد باطلا وبخلاف ما اذا
زوجت المراة نفسها بدون صداق مثلها او من غير كفو حيث كان للاولياء الاعتراض عليها لانها
ناقصة الراي متابعة للشهوة فدل تقصيرها في المهر والكفاءة على متابعة الشهوة وترك
مقاصد النكاح ولان الاولياء يعيرون بنقصان المهر والكفاءة على متابعة الشهوة وعدم الكفاءة
فلو لم يثبت لهم الاعتراض يفوت حقهم بلا جابر فلا يجوز وقد صح ان النبي صلى الله عليه
وسلم تزوج عائشة رضي الله عنها على صداق خمسمائة درهم زوجها منه ابوها ابو بكر الصديق
رضي الله عنه وزوج النبي صلى الله عليه وسلم بنته فاطمة عليا رضي الله عنه باربعمائة درهم
وكان مهر مثلها اكثر من ذلك باضعاف لاجتماع الفضائل فيهما فعلم ان انكاح الاب بالغبن
الفاحش يجوز لمقاصد اخر وقد تزوج عمر رضي الله عنه ام كلثوم بنت فاطمة باربعين الفا وكانت
فاطمة اشرف منها بلا شك لانها بنت النبي عليه السلام وام كلثوم بنت علي رضي الله عنه فصح ما قلنا
قوله الا بما يتغابن الناس فيه اراد به الغبن اليسير **قوله** اما المالية جواب لقوله
كما في البيع **قوله** والدليل عدمناه في حق غيرهما اي عدمنا دليل النظر وهو قرب القرابة
في غير الاب والجد والبيان مر مستوفى **قوله** ومن زوج ابنته وهي صغيرة عبدا او زوج
ابنه الصغير امة فهو جائز قال صاحب الهداية وهذا عند ابي حنيفة ايضا فليس المراد
من قوله ايضا ان النكاح جائز عندهما وعند ابي حنيفة ايضا لان النكاح ليس بجائز عندهما
اصلا وانما ذكر بقوله ايضا لانه ذكر في المسالة المتقدمة اعني مسالة حط المهر وزيادته من
الاب في تزويج الولد الصغير وهذا عند ابي حنيفة ثم لما قال في هذه المسالة وهذا عند ابي
حنيفة احتاج ان يقول ايضا اي كما ان النكاح جائز في تلك المسالة عند ابي حنيفة فكذلك ايضا
عنده في هذه المسالة ثم هذه المسالة من خواص الجامع الصغير قال فخر الاسلام في شرح
الجامع الصغير وكذلك ان زوج بنته الصغيرة ممن لا يملك مهرها او لا يقدر على نفقتها فهو
على الاختلاف وان كان ذلك من غير الاب والجد فهو باطل بالاجماع وجه قولهما ان الولاية
نظرية ولا نظر في ترك الكفاءة لانه ضرر ظاهر فلا يجوز وله ان حكم الولاية مبني على دليل النظر
وهو قرب القرابة وترك الكفاءة لمصلحة تزيد على الكفاءة فجاز العقد مع ترك الكفاءة كما قلنا في
احتمال الغبن الفاحش بالحط والزيادة في المهر **فصل** في الوكالة في
النكاح وغيرها اي وغير الوكالة كنكاح الفضولي لما كانت الوكالة نوعا من الولاية من حيث
ان تصرف الوكيل ينفذ على الموكل كتصرف الولي ينفذ على المولى عليها ناسب ذكر الوكالة
عقيب باب الاولياء والاكفاء ثم جر الكلام الى ذكر الفضولي لان التصرف من جهة الغير اما ان
يكون بامره او بغير امره فالاول تصرف الوكيل والثاني تصرف الفضولي والوكالة بفتح الواو

وكسرها كذا ذكره ابن السكيت **قوله** ويجوز لابن العم ان يزوج بنت عمه من نفسه وكذلك
اذا وكل رجل رجلا ان يزوجه امرأة ووكلته المرأة بذلك فعقد لهما جاز وقال زفر لا ينعقد
النكاح بالواحد وقال الشافعي ان كان وليا لهما جاز مثل الجد يزوج بنت ابنه من ابن ابنه
وان كان وكيلا لم يجز وابن العم ليس له ان يتولى طرفي النكاح كذا في وجيزهم والاصل هنا
ان الواحد عندنا يصلح ان يكون وليا في النكاح من الجانبين كما اذا زوج بنت اخيه من ابن اخيه
ويصلح ان يكون وكيلا من الجانبين ايضا كرجل وكل رجلا بان يزوجه امرأة ووكلت المرأة ذلك
الرجل ايضا ان يزوجها منه فقال الوكيل اشهدوا اني زوجت فلانة من فلان فانه ينعقد العقد
وينفذ ولا يصلح ان يكون الواحد وكيلا في البيع من اثنين بالاتفاق الا في الاب فانه اذا اشترى
مال ابنه لنفسه او باع ماله من ابنه الصغير بمثل قيمته او بزيادة او بنقصان مقدار ما يتغابن
الناس فيه فانه يجوز استحسانا كذا في شرح الطحاوي وجه قول زفر ان النكاح عقد معاوضة
فلا يجوز ان يكون الواحد وكيلا من الجانبين كما في البيع ويؤيده قوله عليه السلام كل نكاح
لم يحضره اربعة فهو سفاح خاطب وولي وشاهدا عدل وبه يستدل الشافعي ايضا في
الوكيل ولكن يفرق بينه وبين الولي لضرورة في الولي دون الوكيل وذاك لان العقد
لا يباشره سوى الولي غاية ما في الباب ان يأمر غيره من احد الجانبين فيكون المأمور
قايما مقامه وهو الولي من الجانبين شرعا ولنا ان الوكيل في باب النكاح سفير ومعبر فكما
يصلح الواحد ان يكون معبرا عن واحد يصلح ان يكون معبرا عن اثنين وهذا لانه لا يستغني
عن اضافة العقد الى الزوجين فلما كان كذلك قام عبارته مقام عبارتهما جميعا فصار ايجابه
كلاما للمرأة والزوج جميعا فتم العقد باثنين حكما والثابت حكما كالثابت حقيقة الا ترى انه
لو زوج ابنه الصغير ابنة اخيه الميت وهي صغيرة جاز فكذا هنا بخلاف الوكيل في البيع فانه
ليس بمعبر وسفير بدليل انه يستغني عن اضافة العقد الى غيره ولان حقوق العقد ثمه
ترجع الى العاقد في باب البيع فلو صح ان يكون الواحد وكيلا من الجانبين لادى الى التضاد
والتمانع بان يكون مملكا ومتملكا ومطالبا ومطالبا ومخاصما ومخاصما وليس النكاح كذلك فان
حقوق العقد لا ترجع الى الوكيل ولهذا لا يملك الوكيل بالنكاح قبض المهر فلا يؤدي الى
التمانع والجواب عن الحديث فنقول انه مطعون طعنه اهل الحديث فمن ادعى صحته فعليه
البيان وبعد صحته نقول لما اجتمع الوصفان في واحد صار كالمثنى معنى الا ترى الى قوله
عليه السلام الحقوا الفرائض باهلها فما ابقت فلاولى رجل ذكر جاز استحقاق الواحد له
الفرض والتعصيب لاجتماع الصفتين فيه وان انعدم العدد كالاب اذا كان مع البنت فكذا
هنا **قوله** واذا اذنت المرأة للرجل ان يزوجها من نفسه فعقد بحضرة شاهدين جاز
اعلم ان المرأة اذا وكلت رجلا وقالت زوجني اوقالت زوجني من رجل فزوجها من نفسه بان
قال عند الشهود اشهدوا اني قد زوجتها من نفسي فالنكاح باطل وكذا اذا بلغها الخبر فاجازت
لا يجوز عند ابي حنيفة ومحمد لانه فضولي من جانبها وهذا لانه صار معرفة بالخطاب
فلا يدخل تحت اسم النكرة ولو قالت زوجني من نفسك فزوجها من نفسه جاز في قولهم جميعا
لانه اصيل من جانب نفسه ووكيل من جانبها وكذا ابن عم صبية هو وليها زوجها من نفسه
بمهر المثل جاز لانه ولي من جانبها اصيل من جانب نفسه ولو كانت بالغة بكرا فاستأمرها
لنفسه فسكتت ثم خرج وزوجها من نفسه جاز لانه صار وكيلا من جانبها ولو زوجها من نفسه

اولا ثم اخبرها فسكتت لم يجز عندهما لانه فضولي من جانبها وعند ابي يوسف يجوز كذا في
الجامع الكبير **قوله** لا يتولاه سواه اي لا يتولى العقد سوى الولي يعني في النكاح له
قوله لان الوكيل في النكاح معبر وسفير اما كونه معبرا فمن حيث ان عبارة العقد
صدرت منه وكونه سفيرا باعتبار ان حقوق العقد ليست براجعة اليه بل الى الموكل
والبحث مستوفى والسفير في اللغة المصلح بين القوم كذا في الديوان وقال ابن دريد
في كتاب الجمهرة السفير بين القوم الماشي في الصلح والتمانع اي التنافي **قوله** فقوله
زوجت يتضمن الشطرين اي قول الوكيل زوجت فلانة من فلان يقوم مقام شطري
العقد وهما الايجاب والقبول وقد مر بيانه انفا **قوله** قال وتزوج العبد والامة بغير
اذن مولاهما موقوف فان اجازه جاز وان رده بطل وكذلك لو زوج رجل امرأة بغير
رضاها او رجلا بغير رضاه اي قال القدوري في مختصره ينعقد تزوجهما بغير الاذن
موقوفا على اجازة المولى وكذلك تزويج الفضولي ينعقد موقوفا على الاجازة والاصل
ان كل عقد صدر عن الفضولي وله مجيز حالة الوقوع كالنكاح والبيع والاجارة ونحوها
انعقد موقوفا فان اجاز المالك ينفذ ويثبت حكمه مستندا الى وقت العقد والا يبطل وعند الشافعي
لا يصح تصرف الفضولي اصلا لان العقد انما يراد لحكمه والفضولي ليس بقادر على اثبات الحكم
فيكون تصرفه لغوا ولنا ان ركن التصرف وهو الايجاب والقبول صدر عن اهله وهو العاقل
البالغ مضافا الى محله فيصح والمحل في النكاح هو الانثى من بنات ادم ليست بمحرم ومعتدة له
ومشركة وزايدة على العدد المنصوص وفي البيع هو المال فقلنا بصحة العقد كيلا يلزم الحاق
الانسان الممتاز بالنطق عن ساير الحيوانات بالبهايم بل بالجمادات لكن على سبيل التوقف
كيلا يلحق الضرر بالغايب فاذا وجد الاذن في الانتهاء يصير كالموجود في الابتداء فيستند
الحكم الى اول العقد الا ترى الى ما روى ابو داود في السنن مسندا الى الزهري عن عروة عن
ام حبيبة انها كانت تحت عبد الله بن جحش فمات بارض الحبشة فزوجها النجاشي النبي صلى الله
عليه وسلم وامهرها عنه اربعة الاف وبعث بها الى رسول الله مع شرحبيل فقبل عليه السلام
ولا يلزم من صحة العقد لزوم حكمه وابرامه في الحال لان الحكم قد يتراخى عن صورة
العلة كما في البيع بشرط الخيار ولا نسلم انه ليس بقادر على اثبات الحكم على تقدير الاجازة
ممن وقع العقد له والمراد من الفضولي هو الذي يتصرف في حق الغير بلا اجازة ثم
العبد اذا دخل بها ثم اجاز المولى النكاح يلزمه مهر المثل بالدخول ومهر اخر بالاجازة
قياسا لان الدخول في النكاح الموقوف كالدخول في النكاح الفاسد وفي الاستحسان يلزمه
مهر واحد لان مهر المثل انما يلزمه بحكم العقد فلولاه لزم الحد والمسمى ايضا يلزم بحكم
العقد فلو لزما لزم في العقد الواحد مهران وذلك لا يجوز ثم انما قيد بقوله وله مجيز
لانه اذا لم يكن مجيز كما اذا زوج الفضولي يتيمة لا يتوقف العقد لا يقال السلطان او القاضي
مجيز فينبغي ان يتوقف العقد لانا نقول يمكن فرض المسألة في موضع لا قاضي فيه ولا سلطان
كدار الحرب مثلا او من صورة تزويج عبد المكاتب حيث لا يتوقف بل يبطل لعدم المجيز
لان النكاح عيب وليس بكسب فلم تجز اجازة المكاتب وكذا اجازة المولى لانه اجنبي
عن كسب المكاتب **قوله** اذا راى المصلحة فيه بنفاذه اي اذا راى الغايب وهو المفقود
له المصلحة في العقد او التصرف بنفاذه بالاجازة ويجوز الاخبار قبل الذكر للشهرة فافهم

قوله ومن قال اشهدوا اني قد تزوجت فلانة فبلغها الخبر فاجازت فهو باطل وان
قال اخر اشهدوا اني زوجتها منه فبلغها الخبر فاجازت جاز اي ان قال رجل اخر فضولي
زوجتها منه بعد ما قال فضولي تزوجت فلانة ثم بلغها الخبر فاجازت جاز العقد وكذلك
ان كانت المراة هي التي قالت جميع ذلك يعني اذا قالت المراة اشهدوا اني قد تزوجت فلانا وخاطب
عنه واحد في المجلس فقال زوجته اياك فبلغه الخبر فاجاز فهو جايز بخلاف ما اذا لم يخاطب
عنه احد فبلغه الخبر فاجاز فهو باطل عندهما خلافا لابي يوسف وهذه من مسايل الجامع
الصغير والاصل ان شطر العقد هل يتوقف على ما ورا المجلس ام لا فعندهما لا يتوقف وهو
قول ابي يوسف اولا كذا في المبسوط وقال اخرا يتوقف له ان الفضولي لو كان عن اذن
كان نافذا فاذا كان عن غيره اذن يتوقف قياسا على ما اذا خاطب الفضولي واحد وقياسا على
ما اذا اختلعها او طلقها على مال او اعتقه عبده الغايب على مال حيث يتوقف بالاتفاق ولنا
ان الموجود شطر العقد وذاك لا يتوقف على ما ورا المجلس كما اذا قال الرجل بعت عبدي
من فلان ولم يقبل عن المشتري احد او قال اشتريت عبد فلان ولم يقبل عن البايع احد
او قال بعت عبدي من فلان ولم يقبل عنهما احد فلما لم يتوقف لم ينفذ بالاجازة اللاحقة بعد
المجلس بخلاف ما اذا جرى العقد بين الفضوليين لانه عقد تام لوجود الايجاب والقبول
الا انه لم ينفذ في الحال بل توقف على اجازة المعقود له كيلا يلحق الضرر به وبخلاف الخلع
لانه يمين من جانب الزوج فيتم بالحالف ولهذا قال في الجامع الكبير لو بدات المراة فقالت
اختلعت نفسي بكذا والزوج غايب فهو باطل لان الخلع من جانبها مبادلة وبخلاف تعليق
الطلاق والعتاق بمال فانه يمين ايضا فيتم بالحالف وكانه قال ان قبلت الف درهم فهي طالق
وان قبل كذا فهو حر والقبول شرط وقوع الطلاق والعتاق ولا شطر العقد وبخلاف
ما اذا كان مامورا لانه معبر يقوم كلامه مقام كلامي الزوجين ثم اعلم ان الواحد يجوز
ان يكون اصيلا من جانب ووليا من جانب وكذا يجوز ان يكون الواحد اصيلا من جانب ووكيلا من
جانب وكذا يجوز ان يكون الواحد وكيلا من الجانبين وكذا يجوز ان يكون الواحد وكيلا
من جانب ووليا من جانب وكذا يجوز ان يكون الواحد وليا من الجانبين اما لا يجوز ان يكون
الواحد اصيلا من جانب فضوليا من جانب وكذا لا يجوز ان يكون الواحد وكيلا من
جانب فضوليا من جانب وكذا لا يجوز ان يكون الواحد وليا من جانب فضوليا من جانب
وكذا لا يجوز ان يكون الواحد فضوليا من الجانبين وعند ابي يوسف يجوز في جميع الصور
ومسايلها مرت في هذا الفصل فافهم اما كون الواحد اصيلا من الجانبين فهو محال **قوله**
وكذا الخلع واختاه اي الخلع عقد تام لانه يمين وكذا اختا الخلع وهما الطلاق على مال
والاعتاق على مال **قوله** فيتم به اي يتم تصرف اليمين بالحالف **قوله** ومن امر
رجلا ان يزوجه امراة فزوجه اثنتين في عقدة واحدة لم تلزمه واحدة منهما وهذه
مسئلة الجامع الصغير وهذا لانه لا يخلو اما ان تلزمه كلتاهما وذلك لا يجوز لانه
خلاف الامر او واحدة منهما عينا فلا يجوز ايضا لانه لم يعين وليست احداهما باولى من
الاخرى او احداهما غير عين فلا يجوز ايضا للجهالة لان النكاح في المجهولة يكون معلقا
بشرط البيان ولا يجوز تعليق ملك النكاح بالاخطار الا ترى انه لو قال تزوجت احداكما
لا يجوز النكاح وفي المسئلة قيود لا بد لك من ان تعرفها القيد الاول انه امره بان يزو
جه

امراة فزوجه امراتين فلو امره ان يزوجه امراتين في عقدة فزوجه واحدة جاز الا
اذا قال لا تزوجني الا امراتين في عقدة فحينئذ لا يجوز والثاني امره ان يزوجه امراة
ولم يعينها فلو عينها فتزوجها واخرى معها يلزمه المعينة والثالث زوجه الوكيل اثنتين
في عقدة واحدة لانه لو زوجه في عقدتين يلزمه الاولى ونكاح الثانية موقوف
على الاجازة لانه فضولي فيه والرابع قال لم تلزمه واحدة منهما ولم يقل لم يجز النكاح
لانه جايز وليس بنافذ لانه نكاح الفضولي لمخالفة الامر **قوله** ومن امره امير بان
يزوجه امراة فزوجه امة لغيره جاز عند ابي حنيفة ولفظ محمد في الجامع الصغير محمد عن
يعقوب عن ابي حنيفة في امير من امرا قريش امرني ان ازوجه امراة فزوجته امة يعني
لغيره قال لجاز وقال ابو يوسف ومحمد لا يجوز وهذه المسئلة بوضعها من الخواص وانما
وضع المسئلة ابو حنيفة في نفسه تواضعا حيث جعل نفسه مامورا ولا يتفاوت الحكم
بين ان يكون الموكل اميرا او غير امير قرشيا او غير قرشي بعد ان يكون حرا وجه قولهما اعتبار
العرف في الوكالة لان المطلق من الكلام ينصرف الى ما هو المتعارف بين الناس والمتعارف
هو التزوج بالاكفاء من الحراير دون الاما ولابي حنيفة رضي الله عنه ان اللفظ صدر مطلقا
لانه قال زوجني امراة ولم يقيدها بالحرة فيجري على اطلاقه في غير موضع التهمة حتى لو زوج
ابنته نفسه لا يجوز لمكان التهمة ولا نسلم ان العرف هو التزوج بالاكفاء ولين سلمنا لكن نقول
العرف مشترك فلا يصلح ان يكون مقيدا لان ما يقول له الخصم ليس باولى مما نقوله نحن لان
العرف مشترك فيهما جميعا او هو عرف عملي فلا يصلح مقيدا اعني ان العرف هو التزوج
بالاكفا لان الناس يعملون هكذا حيث يتزوجون بالاكفا فلا يتقيد اللفظ المطلق به لان
لهم ان يتركوا العرف الثابت بعملهم الى خلاف ذلك وذكر في الاصل في كتاب الوكالة ان
اعتبار الكفاة في النسا للرجال استحسان عندهما اما اعتبار الكفاة في الرجال للنسا فهو
بالاتفاق قال في خلاصة الفتاوى امره ان يزوجه امراة فزوجه صبية جاز قيل هذا
قول ابي حنيفة اما عندهما فلا يجوز اذا كانت لا تجامع مثلها كما لو زوجه رتقا او قرناء وقيل
هذا قول الكل ولو امره بان يزوجه سودا فزوجه بيضا او على العكس لا يجوز فلو امره
بان يزوجه عميا فزوجه بصيرة يجوز وفي المنتقى امره بان يزوجه امة فزوجه حرة
لا يجوز وان زوجه مكاتبة او مدبرة او ام ولد جاز ولو امره ان يزوجه نكاحا فاسدا
فزوجه امراة نكاحا صحيحا لا يجوز بخلاف الوكيل بالبيع الفاسد اذا باع بيعا صحيحا جاز
والفرق ان الوكيل بالبيع الفاسد وكيل بالبيع لان البيع الفاسد بيع لانه يفيد الملك
واذا صار وكيلا فاذا باع بيعا جايزا فقد خالف الى الخير فيجوز فاما الوكيل فاسد بنكاح فاسد
ليس بوكيل بالنكاح لان النكاح الفاسد ليس بنكاح لانه لا يفيد الملك ولهذا لا يجوز طلاقها
وظهارها فاذا لم يصر وكيلا لم ينفذ تصرفه عليه كذا ذكره الولوالجي في فتاواه وانما
ذكر هذه المسايل تكثيرا للفوايد والله اعلم

باب المهر

لما فرغ عن ذكر ركن النكاح وشرطه شرع في بيان المهر لان لعقد النكاح تعلقا به لكنه
اخره لان المال ليس بمقصود في باب النكاح ولهذا يصح النكاح وان لم يذكر المهر **قوله**
قال ويصح النكاح وان لم يسم فيه مهرا اي قال القدوري في مختصره اعلم ان خلو النكاح عن
التسمية لا يمنع صحته كما اذا تزوجها ولم يسم لها مهرا او تزوجها على ان لا مهر لها او تزوجها

على ما ليس بمال كالميتة والدم وهما مسلمان فالنكاح جايز ولها مهر مثل نسائها اما صحة النكاح
فلقوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النسا ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن
وقد حكم بصحة الطلاق مع عدم التسمية ولا يكون الطلاق الا في النكاح الصحيح فعلم
ان ترك التسمية لا يمنع صحة النكاح واما وجوب المهر فلقوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم ان
تبتغوا باموالكم اي تبتغوا ملك النكاح على النسا بالمال وحرف الباء يصحب الاعواض فعلم ان ملك
النكاح لم يشرع بلا مال وبطل به ما قال مالك والشافعي ان المهر صلة كان لا بد ان ذكر في العقد
يجب والا فلا ويدل عليه قوله تعالى قد علمنا ما فرضنا عليهم في ازواجهم بيانه ان الشارع اضاف
الفرض وهو التقدير الى نفسه ولا يجوز ابطال العبد ذلك باثبات النكاح بلا مهر غير ان
تقدير العبد امتثال بذلك التقدير وقد بين الله تعالى خصوصية رسول الله صلى الله عليه
وسلم بالنكاح بغير مهر بقوله تعالى خالصة لك من دون المومنين فعلم ان النكاح لم يشرع
في حق غيره بلا مهر وقد صح عن ابن مسعود رضي الله عنه انه سئل في امراة مات عنها زوجها
ولم يكن فرض لها شيا فقال بعد ما اجتهد شهرا اقول فيه بنفسي فان يك صوابا فمن الله ورسوله
وان يك خطا فمني ومن الشيطان والله ورسوله منه بريان اري لها مهر مثل نسايها لا
وكس ولا شطط فقام معقل بن سنان وقال اشهد ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى
في بروع بنت واشق الاشجعية مثل قضايك هذا فسر ابن مسعود سرورا لم يسر قط مثله
بعد اسلامه لموافقة قضايه قضا رسول الله عليه السلام ولانه عقد معاوضة فلا
ينعقد الا بعوض كالبيع ولهذا كان لها ان تحبس نفسها لاستيفا المهر ولا يجوز جنس البدل
الا ببدل واجب ولان الله تعالى جعل المراة محل النسل وقد تعلق به رضا الله تعالى حيث
قال فانكحوا الا ان الامر لبيان الرضا وكان القياس ان لا تكون مستفرشة مهانة بورود
ملك النكاح عليها الا انه ترك القياس بالنص لضرورة التناسل فجعل المحل مضمونا بالمال
ابانة لشرف المحل وتعظيما له لان المراة داخلة تحت التكريم لانها من بني ادم فصار المحل
مضمونا بالمال صونا عن شبهة الاباحة والبذل لان الابضاع لا يجري فيها الاباحة والبذل
قوله واقل المهر عشرة دراهم وقال الشافعي ما يجوز ان يكون ثمنا في البيع اعلم ان اقل
المهر عندنا مقدر بعشرة دراهم او ما يساوي العشرة وقال مالك في الموطا لا ارى ان تنكح
المراة باقل من ربع دينار لان ربع دينار يجب فيه القطع وعند الشافعي يجوز القليل
والكثير كما في ثمن المبيع بنا على ان المهر عنده ضمان زايد ولنا ما روى جابر رضي الله عنه عن
النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا مهر اقل من عشرة دراهم قال محمد بن الحسن في الاصل
بلغنا ذلك عن علي وعبد الله بن عمر وعامر وابراهيم رضي الله عنهم وروى ابو بكر الرازي
هذا الحديث في شرح الطحاوي باسناده الى جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم ولان المهر ثبت
ابتدا حقا للشرع ابانة لخطر المحل وتعظيما له وصونا عن شبهة الاباحة والبذل واظهار
الخطر لا يكون الا بمال مقدر له خطر شرعا وذلك العشرة استدلالا بنصاب السرقة
وجه الاستدلال ان نصاب السرقة يدخله التقدير بالاتفاق لانه يستباح به ما لا
يستباح بالبدل فكذلك المهر يؤيده قوله تعالى ان تبتغوا باموالكم بيانه ان الاموال
لا يطلق على القليل ولا على العشرة لولا قيام الدليل وقد قام الدليل عليها فخرج ما دونها
فان قيل .. استدلالكم بنصاب السرقة ضعيف لان

مالكا والشافعي يكونانه فان نصابها عندهما ثلاثة دراهم او ربع دينار قلنا ..
لا نسلم انه ضعيف وذلك ان مدعانا ان المهر مقدر خلافا للشافعي استدلالا بنصاب
السرقة من حيث ان كل واحد منهما يستباح به ما لا يستباح بالبذل ونصاب السرقة مقدر
بالاجماع فكذا المهر بالقياس عليه لوجود الجامع اما التقدير بالعشرة في نصاب السرقة
فلما روى ابو داود في السنن مسندا الى عطا عن ابن عباس قال قطع رسول الله صلى الله
عليه وسلم رجلا في مجن قيمته دينار او عشرة دراهم وباقي التقرير يجي في باب السرقة
ان شا الله تعالى فان قيل .. استدلالكم بقوله تعالى ان
تبتغوا باموالكم ضعيف ايضا لان الاموال ذكرت بلفظ الجمع بمقابلة الجمع وذلك يقتضي انقسام الاحاد
على الاحاد فعلى هذا يكون المراد ابتغا كل واحد بماله لا بامواله والمال يقع على القليل والكثير
قلنا .. لا نسلم انقسام الاحاد على الاحاد اذا ذكر الجمع بمقابلة
الجمع ولئن سلمنا لكن لا نسلم ان المال يقع على القليل الذي هو غاية في القلة عرفا وهذا لان
المال ما يجري فيه البذل والاباحة الشح والضنة والقليل الذي قاله الشافعي لا يجري فيه
الشح والضنة فلا ينطلق عليه اسم المال عرفا كالفلس والجوز فلا بد من التقدير بماله خطر فتعينت العشرة
بالحديث او بالقياس فان قيل .. النبي صلى الله عليه وسلم زوج رجلا
حين التمس نكاح امراة ولم يقدر على صداقها ولو خاتما من حديد بما معه من القران فعلم ان المهر
ليس بمقدر بالمال قلنا .. ذلك خبر الواحد وقد عارض نص
الكتاب فلا يحتج به قوله ولانه حق الشرع وجوبا اي ثبوتا وانما قيدنا به لانه حق المراة
بقا ولهذا يسقط باسقاطها بعد التسمية قوله وهو العشرة اي الذي له خطر هو العشرة
بدليل نصاب السرقة قوله ولو سمى اقل من عشرة فلها العشرة عندنا وقال زفر مهر المثل
قال شمس الايمة السرخسي رحمه الله في شرح الكافي للحاكم الشهيد اذا تزوجها على خمسة دراهم فلها
عشرة دراهم استحسانا في قول علمايا رحمهم الله ان دخل بها او مات عنها وان طلقها قبل الدخول
فلها خمسة وفي القياس لها مهر المثل ان دخل بها والمتعة ان طلقها قبل الدخول وهو قول
زفر رحمه الله وجه القياس ان ما دون العشرة لا يصلح مهرا فوجب مهر المثل لفساد التسمية
كما اذا لم يسم اصلا او سمى المسلم في تزوج المسلمة خمرا او خنزيرا ووجه الاستحسان ان العشرة
في كونها مهرا حقا للشرع وجوبا لا يتجزى فذكر بعض ما لا يتجزى كذكر كله اصله الطلاق فيتم
لها العشرة ولان المهر الى تمام العشرة حق الشرع وجوبا وما زاد على ذلك فهو حقها ثم رضاها
بالخمسة اسقاط لحقها ونقص عن حق الشرع فصح تصرفها في [illegible] حقها دون حق الشرع فيتم له
العشرة بخلاف ما اذا لم يوجد التسمية لان الانسان قد يرضى باسقاط الحق تكرما وتفضلا
طلبا للثنا الجميل ولا يرضى بالشي القليل اما اذا كانت راضية بما دون العشرة فاولى ان تكون
راضية بالعشرة وبخلاف تسمية الخمر والخنزير وهذا لان ما دون العشرة يصلح ان تكون
مسمى مضموما الى غيره من المال فصح بانفراده ايضا اما الخمر والخنزير فلا يصح تسميتهما مع
غيرهما اصلا فبطلت التسمية فوجب مهر المثل وعلى هذا لو تزوجها على ثوب يساوي خمسة
فلها الثوب وخمسة دراهم وان طلقها قبل ان يدخل بها فلها نصف الثوب ودرهمان ونصف
وانما يعتبر قيمة الثوب يوم العقد وكذا اذا سمى مكيلا او موزونا الا ان الفرق بينهما انه
اذا جا بقيمة الثوب اجبرت المراة على القبول واذا جا بقيمة المكيل او الموزون لا تجبر قوله

ومن سمى مهرا عشرة فما زاد فعليه المسمى ان دخل بها او مات عنها اعلم ان المهر يجب بالعقد اما بالتسمية اذا وجدت والا فبالحكم اعني مهر المثل بحكم الشرع ثم يستقر المهر باحد اشيا ثلاثة اما بالدخول واما بموت احد الزوجين واما بالخلوة الصحيحة اما الاول فلانه استوفى المبدل فيجب عليه ايفا البدل كما اذا قبض المبيع يستقر عليه الثمن واما الثاني فلان النكاح ينتهي بالموت الى نهايته والشي بانتهايه يتقرر بجميع مواجبه ولهذا يجب العدة فصار كالدخول واما الخلوة الصحيحة فلها حكم الدخول ايضا لما سنذكره بعد هذا ان شا الله تعالى وان طلقها قبل الدخول والخلوة فلها نصف المهر لقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم **قوله** والاقيسة متعارضة معناه ان القياس في الطلاق قبل الدخول كان احد الامرين اما وجوب المهر على الكمال او سقوطه اصلا اما الاول فلان الزوج فوت ملك البضع باختيار نفسه وكان بسبيل من الاستيفا ولم يستوف فلا يكون معذورا في سقوط حق المراة واما الثاني فلان المعقود عليه وهو البضع عاد الى المراة سالما فلا يجب لها على الزوج شي لانه لم يستوف البدل حتى يجب عليه البدل كالمبيع اذا وصل الى البايع كما كان لا يجب على المشتري شي لكن لما كان القياس في مقابلة النص باطلا كان المرجع النص فقلنا باستقرار نصف المهر وسقوط نصفه وتركنا القياس **قوله** وفيه اي في الطلاق قبل الدخول والخلوة **قوله** قال وان تزوجها ولم يسم لها مهرا الى اخره اي قال القدوري في مختصره وان تزوجها ولم يسم لها مهرا يعني سكت عن المهر او تزوجها على ان لا مهر لها يعني بشرط ان لا مهر لها وهي مسيلة المفوضة وهي التي فوضت نفسها بلا مهر فلها مهر مثلها ان دخل بها او مات عنها وهذا مذهبنا ومذهب سفيان واحمد بن حنبل واسحاق وقال الشافعي لا يجب لها شي اذا مات عنها واصحابه اختلفوا في الدخول فقال بعضهم لا يجب بالدخول ايضا واكثرهم على انه يجب المهر بالدخول له ما روى عن علي وزيد بن ثابت وابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم انهم قالوا لها الميراث ولا صداق لها وعليها العدة ولان المهر خالص حقها فيكون لها ولاية النفي ابتدا كالاسقاط انتها بخلاف ما اذا دخل بها على قول اكثرهم حيث يجب المهر لقوله تعالى فما استمتعتم به منهن فاتوهن اجورهن فريضة ولنا ما روي في السنن والجامع الترمذي مسندا الى مسروق عن عبد الله في رجل تزوج امراة فمات عنها ولم يدخل بها ولم يفرض لها الصداق فقال لها الصداق كاملا وعليها العدة ولها الميراث فقال معقل بن سنان سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى به في تزويج بنت واشق وفي السنن مسندا ايضا عن عبد الله بن عتبة بن مسعود ان عبد الله بن مسعود رضي الله عنه اتي في رجل بهذا الخبر قال فاختلفوا اليه شهرا او قال مرات قال فاني اقول فيها ان لها صداقا كصداق نسايها لا وكس ولا شطط وان لها الميراث وعليها العدة فان يكن صوابا فمن الله وان يكن خطا فمني ومن الشيطان والله عز وجل ورسوله بريان فقام ناس من اشجع فيهم الجراح وابو سنان فقالوا نشهد ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضاها فينا في بروع بنت واشق الاشجعي كما قضيت قال ففرح عبد الله بن مسعود فرحا شديدا حين وافق قضاوه قضا رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ابو عيسى الترمذي حديث ابن مسعود حسن صحيح وقد روي عنه من غير وجه ثم قال روي عن الشافعي انه رجع عن هذا القول وقال بحديث بروع بنت واشق والوكس النقصان والشطط مجاوزة الحد ولان محل النسل مصون بالمال حقا للشرع ابدا دل عليه قوله تعالى ان تبتغوا باموالكم وقوله تعالى قد علمنا ما فرضنا عليهم في ازواجهم

وقد مر البحث فيه والمعنى فيه ابانة شرف المحل وانما يصير المهر حقا للمراة في حالة البقا فلاجل هذا املكت الابرا انتها دون النفي ابتدا وحديث ابن مسعود لم يفصل بين ان يسكت عن مهرها وان يعقد على ان لا مهر لها فعلم ان قول الشافعي ضعيف فان قلت قد روي في كتب الاصول عن علي رضي الله عنه في حديث ابي سنان الاشجعي انه قال ما نصنع بقول اعرابي يبول على عقبيه فما جوابه قلت لا نسلم انه صحيح الا ترى انه لم يذكر في كتب الحديث المعتبرة ولين سلمنا لكن نقول ان مذهب علي رضي الله عنه كان لا يقبل رواية الراوي حتى يحلفه الا ابا بكر الصديق فرد ذلك الحديث لمذهبه هذا ونحن لا ناخذ **قوله** ولو طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة اي لو طلق التي لم يسم لها مهرا او تزوجها على ان لا مهر لها قبل ان يطاها فلها المتعة وهي واجبة عندنا خلافا لمالك فانها عنده مستحبة لنا قوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النسا ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف حقا على المحسنين والمراد من الفريضة المهر والموسع الغني والمقتر الفقير اي اعطوهن متعة الطلاق على قدر الغنى والفقر ومتاعا تاكيد لقوله متعوهن يعني تمتيعا بالمعروف بالوجه الذي يحسن في الشرع والمروة على المحسنين اي على الذين يحسنون الى المطلقات بالمتعة ووجه الاستدلال بالاية ان الامر صدر مطلقا وهو يدل على الوجوب على ما عرف في الاصول ولانه قال حقا وذاك يقتضي الوجوب وذكر بكلمة على وهي للالزام والمتعة الواجبة عندنا هي هذه وحدها والباقية مستحبة الا اذا كانت الفرقة من قبل المراة حيث لا تستحب لها المتعة لانها جانية **قوله** والمتعة ثلاثة اثواب من كسوة مثلها وهي درع وخمار وملحفة وهذا التقدير مروي عن عايشة وابن عباس هكذا ذكر في المبسوط وقال في شرح الطحاوي المتعة ثلاثة اثواب درع وخمار وملحفة على اعتبار حالها فان كانت سفلة فمن الكرباس وان كانت وسطة فمن القز وان كانت مرتفعة الحال فمن الابريسم قال في المبسوط عند الشافعي المتعة شي نفيس من ثوب او خادم او فرس او نحو ذلك وقال في شرح الاقطع قال الشافعي المتعة ثلاثون درهما وقال مالك بن انس رحمه الله في الموطا ليس للمتعة عندنا حد معروف في قليل ولا كثير وقال احمد ادنى المتعة خادم واعلاها كسوة يجوز لها ان تصلي فيها وروي عن ابن عباس كذلك ولنا ما روى اصحابنا في المبسوط وغيره عن ابن عباس وعايشة وسعيد بن المسيب وعطا والحسن والشعبي ان المتعة ثلاثة اثواب والفقه فيه ان المراة تصلي وتخرج عادة في ثلاثة اثواب فيكون متعتها ايضا كذلك في الطلاق قبل الدخول تذكرة لها من زوجها ولان لا ايجاب الثوب نظير افي النكاح وهو الكسوة فكان اعتباره ماله نظير اولى من ايجاب ما ليس له نظير وهو الثلاثون **قوله** وقوله من كسوة مثلها اشارة الى انه يعتبر حالها اي وقول القدوري في مختصره من كسوة مثلها اشارة الى اعتبار حالها في الكسوة وتفسيره ما ذكرناه عن شرح الطحاوي وهو قول الشيخ ابي الحسن الكرخي ووجهه ان هذه المتعة واجبة قايمة مقام مهر المثل ففي مهر المثل يعتبر حال المراة لا حال الرجل فكذا فيما قام مقامه قال صاحب الهداية والصحيح انه يعتبر حال الرجل لقوله تعالى ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره بيانه ان الله تعالى اعتبر حال الرجل دون حال المراة والتعليل في معارضة النص باطل **قوله** ثم هي لا تزاد على نصف مهر مثلها وفي بعض النسخ هو

لا يزاد وكلاهما جايزقا لنا يبني على ارادة المتعة والتذكير على ارادة قدر المتعة اي قدر المتعة اذا كان
زايدا على نصف مهر المثل لا يزاد عليه بل يجب نصف مهر المثل واذا كان ناقصا عن خمسة دراهم لا ينقص
عنها بل يجب الخمسة وهذا لان النكاح الذي وجد فيه التسمية اقوى في حكم الصداق من الذي لم يوجد
فيه التسمية ثم فيما وجد فيه التسمية لا يجب اكثر من نصف المهر اذا وجد الطلاق قبل الدخول فكذا
فيما لم يوجد فيه التسمية لا يجب اكثر من نصف مهر المثل لان الواجب قبل الطلاق كان مهر المثل
فلا يزاد بالمتعة على نصف مهر المثل بل يجب الاقل من المتعة ومن نصف مهر المثل ولا ينقص عن
خمسة دراهم اعني اذا كان نصف مهر مثلها اقل من قيمة المتعة يكون لها نصف مهر مثلها ولا ينقص عن
نصفها وهذا لان المتعة في الطلاق قبل الدخول بمنزلة المسمى فلو كان العشرة سميت ثم طلقها قبل
الدخول كان يجب الخمسة فكذا هذا وان كانت المتعة تساوي مهر المثل فالواجب المتعة ترجيحا لها
عليه لانها ثابتة بكتاب الله تعالى قوله ويعرف ذلك في الاصل اي في المبسوط وبيانه مر
انفا قوله وان تزوجها ولم يسم لها مهرا ثم تراضيا على تسميته فهي مهرها ان دخل او مات عنها
وان طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة وعلى قول ابي يوسف الاول نصف هذا المفروض وهو
قول الشافعي اعلم انا قد بينا فيما تقدم ان المهر يستقر بالدخول والخلوة الصحيحة وموت احد
الزوجين فلما كان كذلك قلنا ان التسمية بعد العقد صحيحة تستقر بهذه الاشيا اما اذا طلقها
قبل الدخول فماذا يجب في المشهور عن اصحابنا رضي الله عنهم يجب لها عليه المتعة وعن ابي
يوسف وهو قوله الاول ان لها نصف المفروض وبه اخذ الشافعي وجه قوله الاول قوله تعالى
فنصف ما فرضتم ولا فصل فيه بين المفروض في العقد وبين المفروض بعد العقد فيتنصف
هذا كما يتنصف ذاك ولنا ان المفروض بعد العقد تعيين لمهر المثل ومهر المثل لا يتنصف
فكذا ما قام مقامه وهذا لان الواجب بهذا العقد كان مهر المثل لانه تزوجها ولم يسم لها
مهرا فوجب مهر المثل بحكم العقد ثم المفروض بعد العقد لو لم يكن تعيينا لذلك لوجب مهر
المثل والمسمى جميعا الاول بحكم العقد والثاني بحكم التسمية وذلك لا يجوز ولان عقد النكاح
حال وجوده خلا عن تسمية فيجب لها المتعة كما اذا لم يفرض بعد ذلك اصلا والجواب
عن النص نقول ان النص مطلق والمطلق ينصرف الى المتعارف هو المفروض في العقد لا بعده فيتنصف
ذاك لا هذا الا ترى انه لو قال لعبده ادخل واشتر اللحم لا يفهم من اطلاق السوق سوق العطارين
والبزازين بل يفهم منه سوق القصابين لانه هو المتعارف قوله فكذا ما نزل منزلته اي لا يتنصف
ما نزل منزلة مهر المثل واراد بها لتنازل منزلته المسمى بعد العقد قوله والمراد بما تلا الفرض في
العقد اي المراد بما تلا ابو يوسف من قوله تعالى فنصف ما فرضتم هو الفرض حالة النكاح والفرض خبر
المبتدا وهو المراد قوله قال واذا زادها في المهر بعد العقد لزمته الزيادة اي قال القدوري
في مختصره وقال زفر رحمه الله الزيادة لا تلتحق بالعقد وهي هبة مبتداة ان قبضت ملكت والا فلا وبه
قال الشافعي كذا في شرح الاقطع لنا قوله تعالى ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة
اي من فريضة بعد الفريضة بيانه انه لا يخلوا اما ان يكون المراد به الزيادة او النقصان لانه يتم بالمراة
او الهبة المبتداة فلا يجوز ارادة الهبة لانها لا تتعلق بالفريضة وكذا لا يجوز ارادة النقصان لانه يتم
بالمراة ولا حاجة الى التراضي فتعينت الزيادة كما هو الاصل في الامر الدائر بين الاشيا الثلاثة اذا انتفى
الاثنان منها تعين الثالث ولانها تتغير صفة المهر كالحط فيتعلق بها استحقاق كالحط فالجامع
لحاقها بالعقد استقرت بالدخول وقال زفر لو صحت الزيادة بعد العقد يلزم ان يكون الشي عوضا
عن

عن ملكه قلنا لا نسلم انه يلزم على تقدير الالتحاق باصل العقد وينتقض اصل زفر بالعوض
عن الهبة بعدها فافهم قوله وستذكر في زيادة الثمن والمثمن ان شا الله تعالى اي في فصل
يذكر بعد باب المرابحة والتولية قوله واذا صحت الزيادة تسقط بالطلاق قبل الدخول
وعلى قول ابي يوسف اولا تتنصف مع الاصل له ان المسمى بعد العقد مثل المسمى في العقد
فيتنصف الاصل والزيادة جميعا ولنا ان التنصف يتعلق بالاصل دون الزيادة لان المفروض
في العقد هو المتعارف لا غيره فيتنصف الاصل وتسقط الزيادة ولان هذه الزيادة لم تكن
مسماة في العقد وكل ما لم يكن مسمى في العقد فان ورود الطلاق قبل الدخول يبطله والدليل على
ذلك انه لو تزوجها على غير مهر وجب لها مهر المثل ويسقطه الطلاق قبل الدخول اذا لم يكن
مسمى في العقد قوله وعنده المفروض بعده كالمفروض فيه اي وعند ابي يوسف
في قوله الاول المفروض بعد العقد كالمفروض في العقد وقد مر بيانه في المسالة المتقدمة قوله
وان حطت عنه من مهرها صح الحط اي ان حطت المراة عن الزوج من مهرها صح حطها فيلحق الحط بالعقد
وذاك لان المهر في حالة البقا حقها ولهذا يجوز خلعها فجاز حطها لانها تصرفت في حقها قوله
لان المهر بقا حقها ونصب بقا على التمييز ولو قال حقها بقا كان اولى لان التمييز لا يجوز
تقديمه اتفاقا وخلاف المازني والمبرد في تقديمه على الفعل ومذهب سيبويه انه لا
يتقدم عليه ايضا وقد عرف في النحو قوله واذا خلا الرجل بامراته وليس هناك
مانع من الوطي ثم طلقها فلها كمال المهر واصل هذا ان المهر يستقر بالخلوة الصحيحة
عندنا وهو قول الشافعي في القديم وفي قوله الاخر لها نصف المهر وله ان هذا الطلاق
قبل الدخول فيجب نصف المهر لقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن الاية
ولان الزوج لم يستوف المبدل من المراة فلا يجب عليه البدل ولنا قوله تعالى فلا
تاخذوا منه شيا الى قوله تعالى وكيف تاخذونه وقد افضى بعضكم الى بعض والافضا
هو الخلوة وحقيقته الدخول في الفضا وهو المكان الخالي كقولهم امسى اذا دخل
في المسا قال ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي في باب العنين قال الفرا في معاني
القران الافضا هو الخلوة وان لم يجامعها والفرا امام في اللغة غير مدافع مقبول
القول فيها ولان الواجب على المراة تسليم البضع وقد سلمته باقصى ما يمكن لوجود التخلية
فاذ بها اذا جا النقصان من قبل الزوج فيجب على الزوج تسليم البدل لوجود المبدل
من جهتها اصله التخلية في العقار والمسيس ليس بموضوع على الجماع لغة وانما يقول الخصم
انه كناية عن الوطي ونحن نقول انه كناية عن الخلوة لان الرجل لا يمس امراته الا في
الخلوة عادة فيكون ذكر اللازم العادي وارادة الملزوم فليس ما يدعيه باولى مما نقول
نحن على انا نقول روى ابو بكر الرازي في شرح الطحاوي وقال روي عن عمر وعلي ان المراد
بالمسيس الخلوة فلزم اعتبارها لانهما حجة في اللغة وقال مالك في الموطا عن يحيى بن سعيد
عن سعيد بن المسيب ان عمر بن الخطاب قضى في المراة اذا تزوجها الرجل انه اذا ارخيت
الستور فقد وجب الصداق قوله لان المعقود عليه اي البضع دون الوطي
قوله وذلك وسعها اي رفع الموانع هو وسع المراة قوله اعتبارا بالبيع
يعني يكون التخلية تسليما في البيع حتى يجب تسليم الثمن على المشتري فكذا هنا يكون رفع
الموانع من المراة يكون تسليما لبضعها فيجب على الزوج تسليم البدل وهو المهر قوله

وان كان احدهما مريضا او صايما في رمضان او محرما بحج فرض او نفل او بعمرة او كانت حايضا
فليست الخلوة صحيحة حتى لو طلقها لها نصف المهر هذا لفظ القدوري ولفظ الجامع
الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل خلا بامراته وهو محرم
بتطوع او فريضة او هي محرمة بتطوع او فريضة او هي حايض او هو صايم او هي صايمة في
رمضان او هو مريض او مريضة لا يستطيع جماعها ثم يطلقها واحدة قال عليه نصف المهر
في ذلك كله ثم قال في الجامع الصغير عن ابي حنيفة في رجل يخلو بامراته وهو صايم
بتطوع او هي صايمة بتطوع ثم يطلقها قال عليه المهر كاملا واحرام الرجل ومرضه من
الخواص وسبيله صوم التطوع من الخواص ايضا وانما وجب نصف المهر في الصورة الاولى
لان الخلوة ليست بصحيحة لوجود المانع فكان الطلاق قبل الدخول وقبل الخلوة الصحيحة
فلم يتقرر المهر فسقط نصفه بالنص وبيان المانع اما المرض فظاهر لان كلامنا في مرض
يمنع الجماع او يفضي الى الضرر فلم يوجد التسليم المستحق بالعقد بدليل انه يرجى في العقد
تسليم على غير هذه الصفة فيوجد الوطي بزوال المرض وقيل مرضها متنوع فان كان بالجماع
يلحقها الضرر فلا يكون الخلوة صحيحة وان لم يلحقها الضرر تكون الخلوة صحيحة وقال بعضهم
في مرضه كذلك والاصح ان لا تفصيل في مرضه فكل مرض من جانبه يمنع صحة الخلوة
لان جماع الرجل يوجب التكسر والفتور لا محالة واما صوم رمضان ومطلق الاحرام
فكل واحد منهما مانع لصحة الخلوة لانه يجب بالافطار القضا والكفارة جميعا وفي ذلك
حرج فيكون مانعا لصحة الخلوة وفي صوم التطوع لا يجب عليه بالافطار الا قضا يوم
واحد وقضا يوم يسير وليس كاحرام التطوع لانه اذا افسد احرامه يوما يقضي في
احرام فاسد ثم يجب عليه ان يقضي فيلحقه في ذلك مونة شديدة ولهذا استوى الفرض
والنفل في الحج بخلاف صوم غير رمضان من التطوع والنذر والكفارة وقضا رمضان حيث
لا يجب بالافطار الا القضا فيكون الطلاق بعد الخلوة موجبا لكمال المهر لصحتها وهو الذي
قلنا من وجوب كل المهر في صوم غير رمضان على رواية المنتقى ومنهم من قال صوم التطوع
واخواته يمنع صحة الخلوة لانه لا يحل ابطاله الا بعذر وكذا الحيض مانع لصحة الخلوة لانه
مانع من الجماع طبعا وشرعا اما الاول فلما فيه من التلوث بالدم النجس واما الثاني فلقوله تعالى
ولا تقربوهن حتى يطهرن واما صلاة التطوع فكصوم التطوع لانه لا ياثم بتركها وهو الصحيح
فلا يكون مانعا للخلوة بخلاف صلاة الفرض فانه ياثم بتركها قوله وهذا التفصيل
في مرضها اراد به قوله فالمراد منه ما يمنع الجماع او يلحقه به ضرر قوله في رواية
المنتقى هو اسم كتاب في الفقه صنفه الحاكم الجليل الشهيد ابو الفضل محمد ابن احمد السلمي
المروزي رحمه الله وهو صاحب الكافي الذي سموا شرحه مبسوطا قوله وهذا الذي
القول في المهر هو الصحيح اشارة الى وجوب كل المهر في صوم التطوع واحترز بالصحيح عن
الرواية الاخرى وقد بيناها قوله فرضها كفرضه ونفلها كنفله اي فرض الصلاة
كفرض الصوم ونفل الصلاة كنفل الصوم وقد مر بيان ذلك انفا قال في الفصول وذكر في
الرحبية اصحابنا رحمهم الله اقاموا الخلوة الصحيحة مقام الوطي في بعض الاحكام دون البعض
اما الاحكام التي اقاموا الخلوة فيها مقام الوطي فتاكد جميع المسمى ان كان في العقد تسمية
وتاكد مهر المثل ان لم يكن في العقد تسمية وثبوت النسب ووجوب العدة ووجوب النفقة

والسكنى

والسكنى في هذه العدة وحرمة نكاح اختها ما دامت العدة قايمة وحرمة نكاح الامة على الحرة
في العدة عن طلاق باين ومراعاة وقت الطلاق في حقها واما الاحكام التي ما اقاموا الخلوة
مقام الوطي فالاحصان حتى لا يصيرا محصنين بالخلوة وحرمة البنات حتى لا تحرم
البنت على رجل تزوج بامها وخلا بها والاحلال للزوج الاول حتى لو خلت بالمحلل لا تحل
للاول والرجعة لا حتى لا يصير مراجعا بالخلوة والميراث حتى لو مات رجل في عدة الخلوة لا ترث
منه واما وقوع الطلاق في هذه العدة فقد قيل لا يقع وقد قيل يقع وهو اقرب الى الصواب
لان الاحكام لما اختلفت في هذا الباب يجب القول بالوقوع احتياطا كذا ذكر الاستروشني في فصوله
وفي الفصول ايضا قال رايت في فوايد صاحب المحيط اذا خلا بها في النكاح الموقوف هل يكون اجازة
قال يكون اجازة لان الخلوة مع الاجنبية حرام وقال بعضهم نفس الخلوة لا يكون اجازة قوله
واذا خلا المجبوب بامراته ثم طلقها فلها كمال المهر عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا عليه نصف
المهر والمجبوب هو الخصي الذي استوصل ذكره وخصياه كذا ذكر صاحب المغرب من الجب
وهو القطع لهما ان عجز المجبوب فوق عجز المريض لان الوطي قد يتحقق بزوال المرض وهنا لا امكان
للوطي اصلا ثم خلوة المريض ليست بصحيحة فلان لا يصح خلوة المجبوب اولى فيجب نصف المهر
بخلاف خلوة العنين فانها صحيحة يجب بها كمال المهر اتفاقا لان آلته سالمة قادر الحكم وهو وجوب
كمال المهر على سلامة الالة ولا الة للمجبوب فافترقا ولا يقال سلامة الالة موجودة في المريض ايضا
ومع هذا ليست خلوته بصحيحة لان السبب الظاهر وهو سلامة الالة اقيم مقام الامر الخفي
في العنين كما هو الاصل والمانع عن الوطي فيه خفي ربما يتحقق الوطي وربما لا يتحقق بخلاف
المريض فان المانع ثمة ظاهر وهو المرض فلم يعتبر السبب الظاهر ولابي حنيفة رضي الله
عنه ان المستحق بعقد المجبوب تسليم المراة نفسها بما يليق بحال المجبوب وهو السحق فصار التسليم
كاملا في حقه لا يحتمل المزيد فلما وجد التسليم كاملا وجب عليه تسليم البدل وهو كمال المهر
ولهذا اذا ولدت امراة المجبوب لزمه نسبه كما يلزم الصحيح بخلاف المريض فان ثمة لم يوجد
التسليم المستحق بالعقد لانه يرجى تسليم يتحقق به الوطي بزوال المرض وهنا لا احتمال
لتسليم اخر فافترقا فان قيل يلزم على هذا ان توجب الخلوة
بالرتقا كمال المهر اذ ليس هناك تسليم غيره قلنا ان الرتق قد يزول فكان هذا التسليم تسليما
غيره فلم يجب كمال المهر لعدم التسليم كاملا قوله وقد اتت به اي اتت المراة بالتسليم المستحق
عليها وهو السحق اي المساس قوله قال وعليها العدة في جميع هذه المسايل احتياطا استحسانا اي
قال في الجامع الصغير يجب عليها العدة في المسايل المذكورة استحسانا يعني فيما صحت الخلوة وفيما لم تصح
والقياس ان لا تجب العدة لانه لو لم توجد الخلوة لا تجب العدة فكذا بعد الخلوة لوجود الجامع وهو
كونه طلاقا قبل الدخول وجه الاستحسان انا لو اوجبنا بتوهم الدخول تجب العدة احتياطا لان
العدة فيها حق الشرع وحق الولد فلا تصدق المراة في ابطال حقهما اما حق الشرع فلان الزوجين
لا يملكان اسقاطها وكذا لا يجري فيها التداخل وحق العبد لا يجري فيه التداخل واما حق الولد
فلقوله عليه السلام من كان يومن بالله واليوم الاخر فلا يسقين ماءه زرع غيره والمقصود منه
رعاية نسب الولد وهو حقه بخلاف المهر فانه يجب كاملا اذا صحت الخلوة اما اذا لم تصح فلا بل
يجب نصف المهر اذا طلقها قبل الدخول لان المال لا يحتاط في اثباته فلم يلتفت الى توهم الشغل
قوله وذكر القدوري في شرحه اي في شرحه لمختصر الشيخ ابي الحسن الكرخي ان المانع اذا

كان شرعيا يجب العدة لثبوت التمكن حقيقة وان كان حقيقيا كالمرض والصغر لا يجب لانعدام التمكن بيانه ان في كل موضع يتمكن من الوطي حقيقة لكن يمتنع لمانع يجب فيها العدة وفي الرتقا يتصور الوطي بالقنفود في المجبوب بالسحق وفي كل موضع لا يتمكن من الوطي حقيقة كالمريض النحيف او الصغير او الصغيرة لا يجب العدة كذا في الفتاوى الصغرى اما المهر في الرتقا فقال في كتاب في باب الرجعة اذا خلا بها ثم طلقها يجب عليه نصف المهر قال الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير ومن المتاخرين من قال الصحيح ان المذكور ثمة قولهما وعلى قول ابي حنيفة يصح الخلوة ويجب المهر كاملا كالمجبوب قال لكن هذا اخلاف ظاهر الرواية وقال صاحب الاجناس اتفقت الروايات انه يجب نصف المهر وهو الاصح لانه ذكر الكرخي في مختصره في كتاب الطلاق في باب ما يستحق به جميع المهر في رتقا اذا طلقها بعد الخلوة بها فلها نصف المهر ولا عدة عليها لانه لا يمكن الجماع معه فلا عدة عليها قال في خلاصة الفتاوى اذا خلا بها في المسجد او في الحمام لا يكون خلوة وكذا في الطريق وذاك لانه يجوز ان يحضر هناك ثالث ولو حمل امراته من الرستاق من طريق الجادة لا يكون خلوة وفي غير الجادة يكون خلوة وفي الصحرا اذا لم يامنا ان يمر بهما انسان فليس بخلوة وعلى السطح ان كان عليه حجاب يكون خلوة وكذا اذا خلا بها في حجلة او قبة وارخى الستر فيما بينه وبين من في البيت من النسا فهي خلوة ولو خلا بها ومعه في البيت اعمى او نايم فليس بخلوة لاحتمال الانتباه والحس ولو خلا بها ومعها امراة اجنبية لا يكون خلوة لانه لا يحل لها النظر اليهما وان كان ثمة صبي او معتوه يعقلان فليس بخلوة فان كانا لا يعقلان فهي خلوة صحيحة وفي المحمل ان قدر على الوطي فهي خلوة ونقل قاضي خان عن شمس الايمة الحلواني رحمه الله ان كلب المراة يمنع صحة الخلوة لانه لا يحتمل ان يكون سيده مستغفلا وعسى يعقره بخلاف كلب الرجل وفي الاصم في النهار لا يكون خلوة وتصح في الليل **قوله** قال وتستحب المتعة لكل مطلقة الا لمطلقة واحدة وهي التي طلقها قبل الدخول بها وقد سمى لها مهرا اي قال القدوري يستحب المتعة لكل مطلقة الا المستثناة معنى كلام القدوري يستحب المتعة لكل مطلقة سوى التي تقدم ذكرها وهي التي طلقها قبل الدخول وقبل التسمية فان متعتها واجبة الا لمطلقة واحدة وهي التي طلقها قبل الدخول بعد التسمية فان متعتها ليست بواجبة ولا مستحبة حكما للطلاق ولو كان مستحبا كان لمعنى اخر كما في قوله في عيد الفطر ولا يكبر في طريق المصلى عند ابي حنيفة اي حكما للعيد لكن لو كبر لانه ذكر الله تعالى يجوز ويستحب وهذا اختيار صاحب الهداية وعلى رواية صاحب التاويلات وصاحب التيسير وصاحب الكشاف وصاحب المختلف ان المتعة في المستثناة ايضا مستحبة فلا يصح الاستثنا على روايتهم وقال الشافعي في الجديد يجب المتعة لكل مطلقة الا التي طلقها قبل الدخول بعد تسمية المهر فليست المتعة عنده بواجبة لها على قوله الجديد فعلى هذا يتحقق الخلاف بيننا وبينه في المدخول بها وعلى قوله القديم يجب المتعة لهذه ايضا مع نصف المهر والحاصل ان المطلقات اربع مطلقة بعد الدخول والتسمية ومطلقة بعد الدخول قبل التسمية ومطلقة قبل الدخول قبل التسمية ومطلقة قبل الدخول بعد التسمية ففي الثالثة يجب المتعة بالاتفاق وفي الاولى والثانية تستحب عندنا وتجب عنده وفي الرابعة لا تستحب عندنا وعلى رواية صاحب القدوري وتستحب على رواية صاحب المختلف وعنده تجب على قوله القديم وعلى قوله الجديد لا تجب له عموم قوله تعالى وللمطلقات متاع بالمعروف الا ان المستثناة خرجت عن العموم بمخصص وهو قوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم جعل الجزا نصف المفروض فلا يجب لها شي اخر اعني المتعة وهو محجوج بهذه الاية على قوله القديم ويحمل قوله تعالى اذا نكحتم المومنات ثم طلقتموهن الى قوله

متعوهن

متعوهن وسرحوهن على ايجاب المتعة عند عدم التسمية بدليل هذه الاية او على الاستحباب عند وجود التسمية ولان الزوج اوحشها بالطلاق فيجب المتعة دفعا لوحشة الفراق لكن في المستثناة وجب نصف المهر على طريق وجوب المتعة لان الطلاق وقع فسخا في هذه الحالة لان المعقود عليه وهو البضع عاد الى المراة كما كان فيكون فسخا ولا تكرر في المتعة فلم يجب المتعة مع نصف المهر ولنا انها استحقت كمال المهر اما المسمى او مهر المثل اذا لم يوجد التسمية فلا يجب لها المتعة كالمتوفى عنها زوجها ولان المطلقة قبل الدخول بعد التسمية لا تجب لها المتعة بالاتفاق على قوله الجديد وهو الاصح من قوليه لانها استحقت نصف المهر فالتي تستحق كمال المهر اولى ان لا تجب لها المتعة ولان المتعة خلف عن مهر المثل في المفوضة وهي التي فوضت بضعها الى الزوج بلا مهر لانها تجب عند سقوط مهر المثل بالطلاق وكان الواجب قبل الطلاق مهر المثل فعلم انها وجبت خلفا عنه فلما كان سبيل المتعة خلفا عن المهر لا يجوز ان تجامع الاصل او شيا منه فلا يجب المتعة للمطلقة بعد الدخول سوا سمي لها او لم يسم لوجوب المسمى في الاولى ومهر المثل في الثانية الا انا قلنا بالاستحباب في صورة النزاع لقوله تعالى فتعالين امتعكن واسرحكن سراحا جميلا وكن مدخولات بهن وهذا لان الوجوب انتفى بما قلنا فلم يبق بعده الا الاستحباب والجواب عن الاية فنقول ان الاية ذكرت بحرف التعريف بعد سبق الذكر فتنصرف اليه بيانه ان الله تعالى قال اولا لا جناح عليكم ان طلقتم النسا ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن ثم قال بعد ذلك وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين اي لاولئك النسا اللاتي طلقن قبل المسيس وقبل الفرض ونحن نقول بوجوب ذلك اما قوله قد اوحشها بالفراق فنقول لا نسلم الايحاش لان الفراق ربما يكون مطلوبا لها ولين سلمنا الايحاش لكن لا نسلم ان الايحاش جاء به من الزوج حتى يلحقه الغرامة بذلك وقد يكون الطلاق مستحبا اذا كانت المراة سليطة موذية او تاركة للصلاة لا تقيم حدود الله فلم يمكن القول بوجوب المتعة فكانت من باب الفضل والاستحباب **قوله** في المفوضة وهي بكسر الواو وكذا وقع السماع هنا وفي اصول فخر الاسلام وقد مر تفسيرها **قوله** والخلف لا يجامع الاصل ولا شيا منه اراد بالخلف المتعة وبالاصل المهر والضمير في منه يرجع الى الاصل وفي قوله وهو يرجع الى الزوج وفي به يرجع الى الايحاش وفي قوله فكان يرجع الى المتعة على تاويل المتاع لانها بمعنى او على تاويل فعل المتعة **قوله** واذا زوج الرجل بنته على ان يزوجه الرجل بنته او اخته ليكون احد العقدين عوضا عن الاخر فالعقدان جايزان اعلم ان الرجل اذا قال لاخر زوجتك ابنتي على ان تزوجني ابنتك على ان يكون بضع كل واحدة منهما صداق الاخرى ينعقد النكاح ولكل واحدة منهما مهر المثل وكذا اذا قال في الاختين او الامتين وقال مالك والشافعي واحمد بن حنبل يبطل النكاح قال في شرح الاقطع لو قال زوجتك اختي على ان تزوجني اختك جاز العقدان بلا خلاف يعني اذا لم يجعلا عقد كل واحدة منهما صداق الاخرى لهم ما روي في الصحيح والسنن مسندا الى نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الشغار وبيانه ان النهي يقتضي فساد المنهي عنه ولان كل واحد من الرجلين جعل بضع كل واحد من المراتين صداقا ومنكوحة فيلزم الاشتراك ولا اشتراك في باب النكاح فيبطل النكاح كما اذا زوجت المراة نفسها من رجلين ولنا ان ذكر الصداق لهذه الصفقة ليس باكثر من تركه فاذا ترك ذكر الصداق لا يبطل العقد فههنا اولى ولانه سمى عقدا بلا كل واحدة منهما ما لا يصلح صداقا وهو بضع الاخرى فلم يتحقق الاشتراك في البضع فيبقى شرطا فاسدا فيصح العقد

لان النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة فصار كما اذا تزوجها على خمر او خنزير واسند لاهم بالحديث
ضعيف لان النهي لمعنى في غيره لا بعدم المشروعية وهو بحث الاصول وانما قلنا ذلك لما روي
عن سدد في السنن انه قال قلت لنافع ما الشغار قال ينكح ابنة الرجل وينكحه ابنته بغير صداق
وينكح اخت الرجل فينكحه اخته بغير صداق فعلم بهذا ان النهي ورد لمعنى في غيره وهو خلو العقد
عن المهر ونحن نقول بموجب الحديث لانا نوجب مهر المثل فلا يكون شغارا لانه عبارة عن
تزوج البنت بالبنت او الاخت بالاخت بلا صداق مال وكان ذلك من فعل الجاهلية ماخوذ من شغر
الكلب برجله رفعها ليبول فهو شاغر ثم كثر ذلك حتى قالوا اشغرت ادض بني فلان اذا لم يكن فيها
احد يحميها ويمنع عنها وشغر الرجل المراة للجماع واشغرها ايضا وفي الحديث لا شغار وتقول العرب شغر
بعر وشعر بعر كذا قال ابن دريد في الجمهرة **قوله** ولا شركة بدون الاستحقاق هذا جواب
عما قال الخصم بقوله ولا اشتراك في هذا الباب فبطل الايجاب بيانه ان الشركة انما تلزم اذا ثبت
الاستحقاق كما اذا زوجت نفسها من رجلين اذ لا يستحق كل واحد منهما بضعها على سبيل البدل على تقدير
صحة العقد فيلزم الاشتراك من ثبوت الاستحقاق فيبطل العقد بخلاف ما نحن فيه حيث لا يستحق
كل واحدة منهما بضع الاخرى صداقا لان البضع لا يصلح صداقا فلا يلزم الاشتراك واراد صاحب
الهداية ببطلان الايجاب بطلان العقد لان انتفا الجز يستلزم انتفا الكل واختار لفظ الايجاب
على العقد لرعاية السجع فافهم **قوله** وان تزوج حر امراة على خدمته سنة او على تعليم القران فلها مهر
مثلها هذا لفظ القدوري في مختصره ولم يذكر في المسئلة خلاف محمد بل ذكرها على الاتفاق وانما
ذكره صاحب الهداية لرواية الجامع الصغير ولفظ الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
في رجل تزوج امراة على خدمته سنة قال ان كان حرا فلها مهر مثلها وان كان عبدا فلها خدمته
سنة وقال محمد لها قيمة سنة وقال محمد لها قيمة خدمته سنة ان كان حرا قال فخر الاسلام البزدوي
رحمه الله في شرح الجامع الصغير قال الفقيه ابو جعفر ينبغي ان يكون قول ابي يوسف مثل قول
محمد وقال بعض مشايخنا ان قوله مثل قول ابي حنيفة وهذه من الخواص وقال الشافعي لها تعليم
القران والخدمة في الوجهين فيما اذا كان الزوج حرا او عبدا لان كل ما جاز اخذ العوض عنه فانه
يكون مهرا ويجوز اخذ العوض عن تعليم القران والامامة والاذان والاحجاج عنده فيجوز ان
يكون مهرا وكذا خدمة الحر مال يجوز اخذ العوض عنه عند العقد بالاجماع فصلح مهرا كما اذا
تزوجها على خدمة حر اخر برضاه او على خدمة عبد او على رعيه غنمها هذه سنة او على زراعة
ارضها هذه سنة ولنا ان المشروع هو الابتغا بالمال اعني ابتغا ملك النكاح لقوله تعالى واحل لكم
ما وراء ذلكم ان تبتغوا باموالكم وتعليم القران ليس بمال فلا يصلح ان يكون مهرا وكذا المنافع ليست
بمال ايضا على اصلنا لانها ليست بمتقومة لعدم الاحراز وانما يثبت لها حكم التقوم في باب
العقود ضرورة حكم شرعي وهو عقد الاجارة قضا لحوائج المسلمين وذلك لان المنفعة كما توجد
تتلاشى لكونها عرضا فلا يمكن الاحراز وقد منعنا الشرع من تسليم هذه المنفعة لان الزوج قوام
على المراة مالك لها فلا يصلح ان يكون مملوكا لها بوجه فلما ثبت المنع من التسليم لم يثبت التقوم ولم يكن
عين الخدمة مستحقا لها فصار كالشي لا قيمة له فوجب مهر المثل والشي اذا لم ينعقد سببا لحكم
الاصلي لم ينعقد لحكم الخلف فلم يجب قيمة الخدمة كما قال محمد ولهذا لم يثبت الكفارة في يمين الغموس
بخلاف خدمة حر اخر فانها لا تجوز ان يكون مهرا ايضا في رواية كذا قال البزدوي في شرح الجامع
الصغير ولين سلمنا انها تجوز فنقول انما جاز ذلك لعدم المناقضة بخلاف خدمة الزوج فان فيه

مناقضة والحر الاخر اذا خدمها يرجع على الزوج بقيمة خدمته وبخلاف التزوج على الرعي
والزراعة كان ذلك ممنوع ايضا في رواية ولين سلمنا فنقول انما جاز ذلك لان الله تعالى قص
ذلك في قصة موسى عليه السلام بلا تغيير ولانه لا مناقضة في ذلك لان ذلك من باب القيام
بامور الزوجات لا من باب الخدمة ولا باس بان يقوم الرجل بامور زوجته وبخلاف ما اذا تزوجها
العبد على خدمته باذن مولاه حيث يكون لها خدمته لانه لما خدمها باذن مولاه صار كانه
يخدم مولاه حقيقة ولان خدمة العبد لزوجته ليست بحرام اذ ليس له شرف الحرية ولهذا
سلبت عنه عامة الكرامات الثابتة للاحرار فكذا هذا ووجه قول محمد ان المسمى وهو خدمة
الحر مال بدليل انه يجب به الاجر عند العقد لكن عجز عن تسليمه لمعنى في غيره وهو معنى الذل
والهوان فكان كالتزوج على عبد فاستحق فوجبت القيمة ووجه قول ابي حنيفة المسمى لا يصير
مستحقا لها بحال للمناقضة او لانه ليس بمال لعدم الاحراز فوجب ان يبطل التسمية كما اذا
سمى خمرا او خنزيرا فوجب مهر المثل وجواب محمد مر مرة **قوله** لتضمنه تسليم رقبته
اي لتضمن ذكر خدمة العبد تسليم رقبة العبد ورقبته مال فيكون ابتغا النكاح بالمال
بخلاف رقبة الحر فانها ليست بمال **قوله** لما فيه من قلب الموضوع اي لما في استحقاق
خدمة الزوج الحر قلب الموضوع بيانه ان وضع النكاح يقتضي ان يكون الزوج مالكا لها فلو استحقت
المراة خدمته يلزم ان يكون الزوج مملوكا وذلك قلب الموضوع فلا يجوز **قوله** او لانه
لا يستحق فيه بحال سماعنا في هذا الموضع بكلمة او التي هي موضوعة لاحد شيئين على ان يكون هذه
الجملة دليلا ثانيا بيانه ان مهر المثل انما وجب لاحد الامرين اما لان خدمة الزوج الحر ليست
بمال او لان خدمته لها لا تصير مستحقة في النكاح بحال **قوله** لان تقومه بالعقد
لضرورة اي تقوم الخدمة بعقد الاجارة لضرورة قضا حوائج المسلمين وقد مر تقريره وانما ذكر
الضمير الراجع الى الخدمة على تاويل المسمى ومثل ذلك جائز في كلام العرب قال صاحب الجمهرة
اخبرنا ابو حاتم عن الاصمعي قال قال ابو عمرو بن العلا سمعت اعرابيا يمانيا يقول فلان لغوب
جاءته كتابي فاحتقرها فقلت اتقول جاءته كتابي فقال اليس بصحيفة فقلت له ما اللغوب فقال
الاحمق ويجوز تانيث المذكر ايضا كقوله سايل بني اسد ما هذه الصوت على تاويل الصيحة
فان قلت ________ قد جاء في حديث الواهبة نفسها ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم قال لم زوجتكها بما معك من القران فلم لا تجوزون النكاح على تعليم القران
قلت ________ ذاك خبر الواحد فلا يجوز ان يعارض كلام
الله تعالى وقد بيناه مرة عند قوله واقل المهر عشرة دراهم لانه ذكر واجب تعليمه فلا يكون
مهرا كتعليم الشهادتين **قوله** وان تزوجها على الف فقبضتها ووهبتها له ثم طلقها قبل
الدخول بها يرجع عليها بخمسمائة وهذه من مسايل الجامع الصغير وهي معادة فيها فابن ...
ولفظ الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل تزوج امراة
على الف درهم فدفعها اليها فوهبتها له ثم طلقها قبل الدخول بها قال يرجع عليها فياخذ منها
خمسمائة فان لم تقبض حتى وهبتها له ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع عليها بشي ولم يكن
لواحد منهما على صاحبه شي وان قبضت خمسمائة ثم وهبت ما قبضت وما لم تقبض ثم طلقها
قبل ان يدخل بها لم يرجع عليها بشي وقال ابو يوسف ومحمد يرجع عليها بنصف ما قبضت وان
تزوجها على عرض فقبضته او لم تقبض ثم وهبته لزوجها ثم طلقها قبل ان يدخل بها لم

يرجع بشي عليها بشي في قولهم جميعا شرح المسائل اما اذا وهبت الالف بعد القبض فانما يرجع الزوج
على المراة بالنصف وهو خمسمائة لان الدراهم والدنانير لا يتعينان في العقود والفسوخ عندنا
فصارت كهبة مال اخر وكذا لو كان المهر دينا والذي قبضته الزوجة بحكم الهبة عين فلا
يكون الموهوب عين المهر فيرجع الزوج عليها بالنصف لانه استحقه بالطلاق قبل الدخول
بخلاف ما اذا وهبت الالف قبل القبض حيث لا يرجع واحد منهما على صاحبه بشي وقال زفر
يرجع عليها بالنصف قياسا على ما اذا وهبته بعد القبض ووجهه ان المراة بالهبة من الزوج
صارت مستهلكة للصداق فكانت قبضت ثم استهلكت فيرجع الزوج بالنصف ولان الزوج
سلم له كل المهر بابراء المراة فلا يوجب ذلك براءة المراة عما يستحقه الزوج بالطلاق قبل الدخول
ولنا على وجه الاستحسان ان مقصود الزوج سلامة نصف المهر له بالطلاق قبل الدخول
وقد حصل ذلك فلا يعتبر اختلاف السبب عند اتحاد المقصود لان الاسباب لا تراد لـ
لاعيانها بل لمقاصدها فلا يرجع الزوج عليها بالنصف كمن عليه الدين المؤجل اذا عجله لا يطالبه
صاحب الدين بشي اخر عند حلول الاجل ولان هبة المهر قبل القبض اسقاط الدين والدين
يتعين في الاسقاط فلما تعين وصل الى الزوج عين المهر قبل الطلاق فمحال ان يرجع عليها بعد
الطلاق بعين ما سلم له واما اذا قبضت خمسمائة ثم وهبت الالف كلها المقبوض وغير المقبوض
او وهبت الباقي في ذمة الزوج فطلقها قبل الدخول فعند ابي حنيفة لا يرجع عليها بشي
وعندهما يرجع بنصف ما قبضت وهو مائتان وخمسون اعتبارا للجزء بالكل اعني ان الكل
لو كان مقبوضا فوهبته كان يرجع الزوج بنصف الكل فكذا اذا كان المقبوض نصفا فوهبته
يرجع الزوج بنصف ذلك وهو الربع ولو كان الكل غير مقبوض فوهبته لا يرجع الزوج
عليها بشي فكذا لا يرجع عليها بشي في النصف غير المقبوض ولان هبة نصف الصداق حط والحط
يلتحق باصل العقد فصار كانه تزوجها على ما بقي بعد الحط فيتنصف بالطلاق قبل الدخول
فياخذ الزوج نصفه ولابي حنيفة رضي الله عنه ان مقصود الزوج سلامة نصف الصداق
بهذا الطلاق بغير عوض وقد حصل ولان الدين لما كان متعينا في الاسقاط وصل اليه
الزوج عين حقه الذي هو نصف المهر في الطلاق قبل الدخول فلا يستوجب شيئا اخر
بخلاف ما اذا كان الموهوب اقل من النصف حيث يرجع الزوج عليها الى تمام النصف
لانه لم يصل اليه عين حقه على التمام مثل ما لو قبضت ستمائة ووهبت له اربعمائة
فعند ابي حنيفة رضي الله عنه يرجع عليها بالمائة وعندهما يرجع بنصف المقبوض وهو
ثلثمائة والحط لا يلتحق باصل العقد في باب النكاح كالزيادة ولهذا لا يتنصف الزيادة
مع الاصل بالاتفاق وقولهما صار كانه تزوجها على ما بقي بعد الحط ضعيف لانه لو كان
كذلك وبقي بعد الحط اقل من عشرة لوجب اتمام العشرة واللازم منتف فينتفي الملزوم
واما اذا كان المهر عرضا فلا رجوع فيه بالطلاق قبل الدخول اصلا سواء وهبت قبل
القبض او بعده وقال زفر وهو القياس يرجع عليها بالنصف لما ان المهر سلم للزوج
بالابراء فلا تبرا المراة عما يستحقه الزوج بهذا الطلاق ولنا ان المقصود سلامة نصف
المهر وقد حصلت او نقول ان عين حقه وصلت اليه فلا يستوجب عليها شيئا اخر ولهذا
ليس لها ان تدفع شيئا اخر مكان العرض بالطلاق قبل الدخول بخلاف ما اذا كان المهر
دينا اعني اذا كان دينا مما يجري فيه الغرض كالكيلي والوزني فقبضته فوهبته فطلقها ثم

بعد ذلك حيث يكون له الرجوع عليها لانه كهبة مال اخر على ما بينا وبخلاف ما اذا باعت عرض الصداق
من الزوج ثم طلقها قبل الدخول يرجع عليها بالنصف لانه وصل اليه عين حقه بعوض وكان حقه
في نصف الصداق بلا عوض قال في المبسوط ولو قبضت الصداق كله ووهبت لاجنبي ثم وهبه
الاجنبي من الزوج ثم طلقها قبل الدخول بها رجع عليها بنصف الصداق العين والدين في ذلك
سواء لان مقصود الزوج سلامة نصف الصداق له من جهتها عند الطلاق ولم يسلم له ذلك
انما سلم له مال من اجنبي اخر بالهبة وتبدل المالك بمنزلة تبدل العين **قوله**
وكذا اذا كان المهر مكيلا او موزونا اخر في الذمة اي موزونا اخر غير الدراهم والدنانير يعني يرجع
الزوج عليها بنصف المهر اذا وهبت بعد القبض لعدم التعين **قوله** عند حصول المقصود وهو
براءة ذمة الزوج عن نصف المهر **قوله** على ما مر تقريره اراد به تعليل زفر بقوله لانه سلم
له المهر بالابراء فلا تبرا عما يستحقه بالطلاق **قوله** بخلاف ما اذا كان المهر دينا يعني دينا
يجري فيه الغرض كالكيلي والوزني موصوفا نه انما **قوله** ولو تزوجها على حيوان او عروض في
الذمة فكذا الجواب يعني لو تزوجها على دين لا يجري فيه الغرض كالحيوان والعروض لا يرجع الزوج
عليها بشي اذا طلقها قبل الدخول بعدما وهبت المراة ذلك سواء كانت الهبة قبل القبض او بعده اما قبل
القبض فظاهر لان الزوج وصل اليه عين حقه لان الدين في الاسقاط يتعين وكذا بعد القبض لانها
لما قبضت المسمى وهو الحيوان او العرض صار كان العقد ورد على عين ذلك الشي وقد وصل اليه بالهبة
عين ما يستحقه بالطلاق قبل الدخول فلا يعتبر باختلاف السبب لاتحاد المقصود وهذا فيما اذا بين نوع
الحيوان ونوع العرض بان قال فرس على فرس او حمار او على ثوب هروي لانه اذا ذكر مطلق الحيوان
ومطلق العرض يفسد التسمية ويجب مهر المثل **قوله** وهذا لان الجهالة تحملت في النكاح اشارة
الى قوله لان المقبوض متعين في الرد اي في رد النصف الواجب بالطلاق قبل الدخول ولهذا لا يجوز
لها ان تدفع النصف من غير ذلك العرض الذي قبضته وكذا في الحيوان يعني انما قلنا بان المقبوض
متعين وان كانت الجهالة فيه ثابتة حالة التسمية بحسب الوصف لان الجهالة متحملة في النكاح الا ترى انه
لو لم يسم اصلا يجوز النكاح ويجب مهر المثل مع ان النوع والجنس غير معلوم اصلا فعلم ان الجهالة متحملة
فلما عين بالقبض صار كان التسمية وقعت ابتداء على المعين فلما وهبته لا يرجع عليها بشي لوصوله الى
عين حقه **قوله** واذا تزوجها على الف على ان لا يخرجها من البلد او على ان لا يتزوج عليها اخرى فان
وفى بالشرط فلها المسمى وان تزوج عليها اخرى او اخرجها فلها مهر مثلها يريد به اذا كان المسمى اقل من
مهر المثل وهذه من مسائل القدوري قال في تحفة الفقهاء ولو جمع بين ما هو مال وبين ما ليس بمال
لكن لها فيه منفعة ان كان شيئا يباح لها الانتفاع به كطلاق الضرة والامساك في بلدها ونحوه
ذلك كالعفو عن القصاص فان وفى بالمنفعة او وصل اليها فانه لا يجب الا المسمى اذا كان عشرة
فصاعدا لانها اسقطت حقها عن مهر المثل لعوض صحيح وقد حصل وان لم يف بما وعد لها ان كان ما
سمى لها من المال مثل مهر المثل او اكثر فلا شي لها الا ذلك المسمى وان كان سمى لها اقل من مهر المثل يكمل
لها مهر مثلها عندنا وقال زفر ان كان ما وعد لها سوى المسمى شيئا هو مال كما اذا اشترط ان يهدي اليها
هدية فلم يف يكمل مهر المثل وان كان شيئا ليس بمال يعني نحو طلاق الضرة فلم يف لا يجب الا ما سمي لان
ما ليس بمال لا يصلح مهرا فاستحكم المسمى مهرا فلا يجب الرجوع بعوض عما ليس بمال واذا كان له
المسمى مالا وجب الرجوع بعوضه عند فواته فوجب مهر المثل ولنا انها لم ترض بالمسمى الا بمنفعة
اخرى فاذا لم تسلم لها وجب مهر المثل لانعدام الرضا بالمسمى كما اذا تزوجها على الف وكرامتها او يهدي

اليها هدية اما اذا كان شيا لا يباح لها الانتفاع به كالخمر والخنزير فان كان المسمى عشرة فصاعدا يجب
ذلك ويبطل الحرام ولا يكمل مهر المثل لان المسلم لا ينتفع بالحرام فلا يجب عوض
بفواته **قوله** كما في تسمية الكرامة والهداية مع الالف صورته ما قال الحاكم الشهيد في
مختصر الكافي وان تزوجها على الف درهم وكرامتها او على الف وعلى ان يهدي لها هدية فلها مهر
مثلها لا ينقص من الالف وان طلقها قبل الدخول كان لها نصف الالف لان مهر المثل سقط بالطلاق
قبل الدخول **قوله** ولو تزوجها على الف ان اقام بها وعلى الفين ان اخرجها من البلدة الى اخره
وهذه من مسائل الجامع الصغير وهي معادة ولفظ الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي
حنيفة رضي الله عنه في رجل تزوج امراة على انه ان اقام بها في بلدها فمهرها الف وان اخرجها
فمهرها الفان قال ان اقام بها في بلدها فلها الف وان اخرجها فلها مهر مثلها لا ينقص عن الالف ولا
يزاد على الفين وقال ابو يوسف ومحمد الشرطان جائزان وقال في الاصل وان تزوجها على الف درهم
ان لم يكن له امراة وعلى الفي درهم ان كانت له امراة او على الف درهم على ان لا يخرجها من الكوفة
وعلى الفي درهم ان اخرجها فالشرط الاول جائز ولها تلك المسمى ان وافقه وان خالفه فلها مهر
مثلها لا يجاوز به الفين ولا ينقص من الالف لان الشرط الثاني فاسد في المهر وكذلك ان
تزوجها على الفي درهم ان كانت له امراة فان لم يكن له امراة فعلى الف درهم فالشرط الاول جائز
ولها الفا درهم ان كانت له امراة وان طلقها قبل الدخول فلها نصف الالفين وان لم يكن له امراة
فلها مهر مثلها لا ينقص من الف ولا يجاوز به الفين وقال ابو يوسف ومحمد الشرطان جميعا جائزان
على ما اشترطا وعند زفر الشرطان فاسدان ولها مهر مثلها لا ينقص من الالف ولا يزاد على الفين
وجه قول زفر انه ذكر مقابلة شي واحد وهو البضع بدلين مختلفين على سبيل البدل وهما
الالف والالفان فتفسد التسمية للجهالة فيجب مهر المثل ولهما ان ذكر كل واحد من الشرطين
مفيد فيصحان جميعا ولابي حنيفة رضي الله عنه ان الشرط الاول قد صح لعدم الجهالة فيه
فتعلق العقد به ثم لم يصح الشرط الثاني لان الجهالة نشات منه ولم يفسد النكاح لان الشرط
الفاسد لا يوثر في النكاح فلما خالف الشرط الاول وجب لها مهر المثل لان في ذلك الشرط نفعا
فلا ينقص من الالف لان الزوج رضي به ولا يزاد على الالفين لان المراة رضيت به وصاحب
الهداية رحمه الله لم يبين الدليل في هذه المسالة واحال المسالة الى كتاب الاجارات ولم
يبينها ثمه ايضا بل بين ثمه مسالة ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلك نصف
درهم فان قلت ما الفرق بين هذه المسالة حيث يصح الشرط
الاول دون الثاني وبين ما اذا تزوجها على الفين ان كانت جميلة وعلى الف ان كانت قبيحة حيث
يصح الشرطان جميعا بالاتفاق والمسالة في الفتاوى الولوالجي وغيره قلت
في المسالة الاولى وجدت المخاطرة في التسمية الثانية لانه لا يدري ان الزوج يخرجها ام لا وفي
المسالة الثانية لا مخاطرة لان المراة اما جميلة واما قبيحة غير ان الزوج لا يعرفها وجهله
بصفتها لا يوجب المخاطرة فصح الشرطان **قوله** ولو تزوجها على هذا العبد او على هذا
العبد فان كان مهر مثلها اقل من اوكسهما فلها الاوكس اي الانقص وان كان اكثر من ارفعهما
فلها الارفع وان كان بينهما فلها مهر مثلها وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا لها
الاوكس في ذلك كله اي في الصور الثلاث فان طلقها قبل الدخول فلها نصف الاوكس في ذلك
كله بالاجماع وهذه من مسائل الجامع الصغير وقال في الاصل تزوجها على هذا العبد الابيض

او على هذا العبد الحبشي فان كان مهر مثلها اقل من الحبشي فلها الحبشي وان كان اكثر من الابيض
فلها الابيض وان كان اكثر من الحبشي واقل من الابيض فلها مهر مثلها وان طلقها قبل الدخول
فلها نصف الحبشي وهذا قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد لها الحبشي في جميع ذلك الا ان
يعطيها الزوج الافضل والاصل هنا ما ذكر بعدما ذكر في الجامع الكبير ان من تزوج
امراة على احد مهرين مختلفين يقضى عند ابي حنيفة رضي الله عنه بمهر المثل لا ينقص عن
الاقل ولا يزاد على الاكثر وعندهما يقع على الاقل كما اذا تزوجها على الف حالة او الف نسيئة
فعنده يجب مهر المثل ولا يزاد على الف حالة ولا ينقص عن الالف نسيئة وعندهما المهر
الالف النسيئة وكذا اذا تزوجها على الف حالة او الفين نسيئة يجب مهر المثل عنده ولا ينقص
عن الانقص لان الزوج رضي بذلك ولا يزاد على الاكثر لان المراة رضيت به لكن اذا
كان مهر مثلها الفين كان لها الخيار ان شاءت اخذت الالف الحالة وان شاءت اخذت الالفين
الى سنة لانه تعلق بكل واحد منهما نفع لان الالف ازيد وصفا وانقص قدرا والالفين
ازيد قدرا وانقص وصفا وان كان مهر مثلها الفا فالخيار الى الزوج ان شاء اعطاها هذا
وان شاء اعطاها ذاك لان الواجب هو الاقل وعندهما الخيار الى الزوج في الصورة الاولى
ايضا لان الواجب الاقل عندهما وجه قولهما ان الاقل متيقن والفضل مشكوك فيجب الاخذ
بالمتيقن كما في الخلع والاعتاق والطلاق على الف او الفين ووجه قول ابي حنيفة رضي الله عنه
ان الموجب الاصلي في باب النكاح مهر المثل لانه الاعدل وذلك لان المسمى ربما يكون اقل من قيمة
البضع او اكثر بخلاف مهر المثل فانه معادل له كالقيمة في باب البيع وانما عدل عنه الى المسمى
اذا صحت التسمية فلما فسدت صير الى الموجب الاصلي ولم يفسد النكاح لجهالة المسمى لان الجهالة
ليست باكثر من عدم التسمية بخلاف ما قاسا لان الخلع والاعتاق والطلاق على مال ليس له موجب
اصلي يصار اليه عند فساد التسمية فوجب الاقل لكونه يقينا وبخلاف الاقرار بالف او الفين
لان المقر به ليس بعوض والصداق عوض عن البضع فلو عين الاقل في الصداق يلزم له
البخس بحقها فعين مهر المثل دفعا للبخس لو عين الاقل لا يلزم البخس بحق المقر له فافترقا
اما اذا طلقها قبل الدخول فانما يجب لها نصف الاقل بالاتفاق لان اعتبار الزيادة على
ذلك كان باعتبار مهر المثل وقد سقط مهر المثل بالطلاق قبل الدخول وبقي ما هو المتيقن في
حكم المسمى فوجب نصفه ولان الواجب المتعة في الطلاق قبل الدخول اذا سقط مهر
المثل به عند فساد التسمية ونصف الاقل يزيد على المتعة غالبا فوجب ذلك لاعتراف
الزوج به وقال في بعض نسخ الجامع الكبير الضمان الاصلي هو مهر المثل عند ابي حنيفة وانما
يصار الى التسمية اذا صحت من كل وجه وعندهما الضمان الاصلي هو المسمى وانما يصار الى مهر
المثل اذا افسدت من كل وجه **قوله** اذا تزوجها على حيوان غير موصوف صحت التسمية
ولها الوسط منه والزوج مخير ان شاء اعطاها ذلك وان شاء اعطاها قيمته وهذه من مسائل
القدوري والضمير في منه وفي قيمته راجع الى الحيوان وذلك اشارة الى الحيوان ايضا قال
صاحب الهداية معنى هذه المسالة ان يسمي جنس الحيوان دون الوصف كما اذا تزوجها على
فرس او حمار اما اذا تزوجها على دابة لا تجوز التسمية ويجب مهر المثل وسمى صاحب الهداية
الفرس او الحمار جنسا كما ترى وليس كذلك بل الفرس نوع من الحيوان وذلك لان الجنس هو
الكلي المقول على كثيرين مختلفين بالنوع في جواب ما هو والنوع هو المقول على كثيرين

مختلفين بالعدد في جواب ما هو ثم كل واحد من الجنس والنوع اربع مراتب اما ان يكون فوقه وتحته
جنس فهو الجنس المتوسط كالجسم والجسم النامي واما ان لا يكون فوقه وتحته جنس فهو الجنس
المفرد ولا نظير له في الخارج وقيل نظيره العقل او يكون تحته فقط فهو جنس الاجناس كالجوهر
ان جعل جنسا والا فالكم والكيف ونحوهما او يكون فوقه فقط فهو الجنس السافل كالحيوان
وكذا الكلام في النوع فالحيوان نوع بالنسبة الى الجسم النامي وجنس بالنسبة الى الانسان او
الفرس مثلا والجسم النامي نوع بالنسبة الى الجسم وجنس بالنسبة الى الحيوان والجسم جنس
بالنسبة الى الجسم النامي نوع بالنسبة الى الجوهر فيكون الجوهر جنس الاجناس والفرس
او الانسان مثلا نوع الانواع ويجوز لك ان تقول اراد صاحب الهداية بالجنس ما اراده
اهل النحو وهو ما علق على شيء بعينه والفرس او الحمار لهذه المثابة ونقل ابو علي بن سينا
ان الجنس كان في اصطلاح حكماء يونان اسما لما يندرج تحته اشخاص كيف كان جنس النسبة الى
شخص او بلد او صناعة كالعلوية للعلويين والمصرية للمصريين فعلى هذا يجوز ان يطلق
اسم الجنس على الفرس والحمار فافهم ثم نرجع الى ما نحن فيه فنقول اذا تزوج امراة على دابة او
تزوجها على حيوان او تزوجها على ثوب او تزوجها على دار لا يصح التسمية لفحش الجهالة ويجب مهر
المثل بالغا ما بلغ وذلك لان الحيوان يقع على انواع كالفرس والجمل والبقر والحمار ونحوها
وكذا الدابة لانها اسم لما يدب على وجه الارض في اصل اللغة فيقع على الخيل والبغال والحمير وغيرها
والثوب انواع ايضا حيث يكون من القطن والكتان والخز والابريسم والدار مختلفة ايضا باختلاف
البلدان والمحال والسكك وتتنوع ايضا بحسب الصغر والكبر ونحو ذلك اما اذا بين النوع ولم يبين
الصفة كما اذا تزوجها على عبد او امة او فرس او جمل او بقر ونحوها او ثوب هروي يصح
التسمية ولها الوسط من ذلك وقال الشافعي لا يصح التسمية ويجب مهر المثل كما في الصورة الاولى
لان جهالة الوصف تفضي الى المنازعة كجهالة النوع فلا تصح التسمية وقاس على البيع ولنا ان
المهر انما يستحق عوضا عما ليس بمال وهو البضع والحيوان يثبت في الذمة دينا مطلقا فيما ليس
بمال كالدية من الابل في الذمة وايجاب غرة في الجنين عبد او امة فصح ان يثبت في الذمة
شرطا ايضا في المهر معنى المالية فجعلناه التزام المال ابتداء ولا يمنع الجهالة المستدركة
صحة الالتزام كالاقرار بعبد الا ان محمدا رحمه الله لا يحكم ثمة بالوسط لان المقر به ليس
بعوض بخلاف ما نحن فيه فان المهر عوض ثم لما كان حظ المتعاقدين على السوا اوجبنا الوسط
رعاية للجانبين لانه ذو حظ منهما لاشتماله على الجيد والردي كما اعتبر الوسط في الزكاة
نظرا للفقير ورب المال بخلاف البيع فانه لم يصح مع جهالة الوصف لكونها مفضية الى
المنازعة لان مبنى البيع على المضايقة لان المقصود المالية بخلاف النكاح فان مبناه على المساهلة
فيحتمل جهالة الوصف فما احسن من قال ومن خطب الحسناء لم يغلها مهر ثم ان الزوج مخير بين الوسط
من ذلك النوع الذي سماه وبين قيمته لان كل واحد من العين والقيمة اصل فيميل الى ايهما شاء اما
العين فباعتبار التسمية واما القيمة فلان الوسط لا يتعين الا بها فصارت اصلا ايضا وتجبر
المراة على القبول اذا اتى الزوج بالقيمة لان القيمة اصل كالعين اعتبارا بالدية فانها مترددة
بين الابل والذهب والفضة وكل واحد منها اصل يجبر على قبوله ولي القتيل واما اذا بين
النوع والصفة كما لو تزوج على مكيل او موزون في الذمة فانه يجوز ويجبر الزوج على دفع
عين ذلك لانه يثبت في الذمة دينا صحيحا ولهذا يجوز البيع به الا اذا رضيت المراة بالقيمة

يجوز

فيجوز حينئذ دفع القيمة **قوله** في الوجهين اي فيما اذا بين النوع او لم يبين **قوله** منهما اي من البيع
والنكاح **قوله** وذلك اي رعاية الجانبين جانب المراة وجانب الزوج **قوله** والوسط ذو
حظ منهما اي من الجيد والردي لان الوسط بالنسبة الى الردي جيد وبالنسبة الى الجيد ردي
قوله بخلاف جهالة الجنس يعني ان عند اعلام الجنس اي النوع كالتزوج على فرس او حمار يمكن
رعاية الجانبين باعتبار الوسط لان النوع يشتمل على الجيد والردي فيمكن الوسط بخلاف جهالة
الجنس كالتزوج على دابة او حيوان حيث لا يمكن ذلك لان الجنس يشتمل على انواع فليس بعض النوع
اولى من البعض بالارادة فصارت الجهالة فاحشة فسدت بها التسمية فوجب مهر المثل **قوله**
مبناه اي مبنى البيع والمماكسة المجادلة **قوله** فيخير بينهما اي يخير الزوج بين قيمة الوسط من
ذلك النوع الذي سماه وبين عين الوسط ان شاء اعطى القيمة وان شاء اعطى الوسط **قوله**
فمعناه ذكر الثوب ولم يزد عليه اي معنى قوله تزوجها على ثوب غير موصوف ووجهه اي
وجه وجوب مهر المثل جهالة الجنس اي النوع وذلك لان الثياب انواع كالقطن والكتان
ونحوهما **قوله** ولو سمى جنسا اي نوعا **قوله** ويخير الزوج لما بينا اي يخير الزوج بين
اعطاء قيمة الوسط من الثوب الهروي وبين الوسط لما ان الوسط لا يعرف الا بالقيمة فصارت
اصلا **قوله** وكذا اذا بالغ في وصف الثوب في ظاهر الرواية اي يخير الزوج ايضا بين
الوسط وقيمته فيما اذا بالغ في وصف الثوب والمراد من المبالغة فيه ان يكون ثمنا به يجوز
عقد السلم وقيد ظاهر الرواية احترازا عما روي عن ابي حنيفة رضي الله عنه ان الزوج يجبر على
تسليم الوسط وهو قول زفر رحمه الله لانه بالمبالغة في الوصف يلتحق بذوات الامثال ولهذا
يجوز السلم فيه وعن ابي يوسف رحمه الله ان ضرب الاجل يجبر على الدفع والا فلا لانه بضرب
الاجل صار نظير السلم لانه يثبت حينئذ في الذمة دينا ثبوتا صحيحا بخلاف ما اذا لم يضرب الاجل
حيث لا يثبت في الذمة ثبوتا صحيحا ولهذا يجوز استقراض الثوب فيتخير الزوج بين الوسط
وقيمته فتجبر المراة على قبول القيمة اذا اتى بها الزوج وجه الظاهر ان الثياب ليست
من ذوات الامثال بدليل ان مستهلكها لا يضمن المثل فصارت كالعبيد قال في الايضاح
روى الحسن عن ابي حنيفة ان في الثوب وما ليس من ذوات الامثال يعتبر القيمة يوم التسليم
وفي المكيل والموزون يعتبر القيمة يوم العقد قال وهذه الرواية انما يصح وجهها اذا لم يكن
الثوب معينا في العقد ووجه ذلك ان القيمة اصل في حق التسليم الا ترى انه لو جاء به اجبرت
على القبول فيعتبر القيمة يوم التسليم واما المكيل والموزون فقد استحكم الوجوب في الذمة له
وذكرها وذكر الدراهم على السوا فيعتبر القيمة يوم الوجوب **قوله** وكذا اذا سمى مكيلا
او موزونا وسمى جنسه اي نوعه دون صفته مثل ان يتزوجها على حنطة او شعير او زعفران
ولم يزد على ذلك يعني يخير الزوج ايضا بين الوسط وقيمته **قوله** وان سمى جنسه اي نوعه
وصفته والباقي مرموز **قوله** فان تزوج مسلم على خمر او خنزير فالنكاح جائز ولها مهر مثلها
وهذه من مسائل القدوري والجواز خلاف قول مالك رحمه الله كذا في شرح الاقطع وانما جاز
النكاح لان فساد التسمية ليس باكثر من عدمها وذلك لا يفسد النكاح فكذا هذا ولا يصح القياس
على البيع لانه يبطل بالشروط الفاسدة والنكاح لا يفسد ولهذا لو سكت عن ذكر الثمن في البيع
يبطل والنكاح لا يبطل بالسكوت عن ذكر المهر حيث يصح ويجب مهر المثل فافترقا **قوله**
فان تزوج امراة على هذا الدن من الخل فاذا هو خمر فلها مهر مثلها عند ابي حنيفة رضي الله عنه

وقالا لها مثل وزنها خلا وان تزوجها على هذا العبد فاذا هو حر يجب مهر المثل عند ابي حنيفة
ومحمد وقال ابو يوسف تجب القيمة هذه من مسايل الجامع الصغير وهي معادة وقول ابو يوسف
اولا في مسئلة الحر مثل قولهما كذا ذكر الحاكم الشهيد في الكافي وشمس الائمة السرخسي في شرحه
وكذلك لو تزوجها على شاة ذكية فظهرت ميتة فالخلاف فيها كالخلاف في الحر وجه قول ابي
يوسف رحمه الله انه سمى لها في العقد مالا وهو الخل والعبد والذكية فصحت التسمية باعتبار
المال لكن تعذر تسليم المسمى بظهور الخلاف فوجب المثل في المثلي كالخمر اي مثل ذلك الدن
من خل وسط ووجب القيمة فيما ليس بمثلي كالحر والميتة اي قيمة الحر لو كان عبدا وقيمة
الميتة لو كانت مذبوحة كما في هلاك المسمى في يد الزوج يوضحه انه لو تزوجها على عبد
فاستحق كان لها قيمته فكذا اذا ظهر العبد المسمى حرا لانه استحق نفسه بالحرية وقال ابو
حنيفة ومحمد رحمهما الله الاصل عندنا ان الاشارة والتسمية اذا اجتمعتا فلا تخلو من احد
الامرين اما ان يكون المشار اليه من جنس المسمى ام لا ففي الاول يتعلق العقد بالمشار اليه
لان الاشارة ابلغ في التعريف لكونها قاطعة للشركة وفي الثاني يتعلق العقد بالمسمى والدليل
على هذا الاصل انه لو اشترى فصا على انه ياقوت فظهر زجاجا بطل البيع لان العقد تعلق
بالمسمى وهو معدوم وبيع المعدوم باطل ولو اشترى على انه ياقوت احمر فظهر اخضر انعقد
البيع لان النوعين جميعا اعني الاحمر والاخضر من جنس واحد وهو الياقوت لكن للمشتري الخيار
لفوات الوصف المرغوب فاذا ثبت هذا الاصل فالاجمعا الحر وهو المشار اليه من جنس
المسمى وهو العبد فاعتبرت الاشارة فصار كانه تزوجها على هذا الحر فلو فعل كذلك لوجب
مهر المثل فكذا هنا وانما قلنا ان الحر والعبد جنس واحد لما ان الاصل في الادمي الحرية
وعارض الرق لا يوثر في تبديل الجنس الا ترى ان العبد يصير حرا والحر يصير عبدا من
غير تبدل العين وكذا اذا ظهرت الذكية المسماة ميتة يتعلق العقد بالمشار اليه فيجب
مهر المثل لان المشار اليه ليس بمال بخلاف عبد الغير فانه مال متقوم الا انه لم يقدر على
تسليمه فوجبت القيمة ثم ان محمدا رحمه الله قال فيما اذا ظهر الخل خمرا انهما جنسان مختلفان
لاختلافهما في الوصف المقصود وهذا لان احدهما حلال والاخر حرام وهذا مسكر
وذاك لا ومنافع احدهما غير منافع الاخر تعرف في كتب الطب فكان المشار اليه وهو
الخمر من خلاف جنس المسمى وهو الخل فتعلق العقد بالمسمى فوجب مثل ذلك الدن من
خل وسط وذاك لان التسمية معرفة للماهية والاشارة معرفة للذات فكانت التسمية ابلغ
في التعريف ولابي حنيفة رضي الله عنه ان الخل والخمر جنس واحد لاتحاد اصلهما
وعينهما واعتراض الاوصاف على العين لا يوجب تبدل الجنس كالصغر والكبر في الادمي
وكذا الحدة في الخمر والحموضة في الخل لم يوجب التبدل في عين العصير فكانا جنسا واحدا
فتعلق العقد بالمشار اليه وهو ليس بمال في حق المسلم فوجب مهر المثل وصاحب الهداية
ذكر دليل محمد اخرا ولم يجب عنه وكانه اختار قوله وكذلك اخر الصدر الشهيد ايضا
في شرح الجامع الصغير **قوله** اطعمها ما لا يقال اطعمه الشي قطع **قوله** والوصف
يتبعه اي يتبع الذات لانه قايم بالذات فعدمه لا يستلزم انعدام الذات **قوله** من حيث
انها تعرف الماهية وهي ما به الشي هو هو ثم كل شي فرض كليا كان او جزئيا فله حقيقة هو بها
هو فان كان الشي كليا تسمى حقيقته ماهية وان كان جزئيا تسمى هوية كذا سمعنا صاحب

العجايف

العجايف بقوله **قوله** فان تزوجها على هذين العبدين الى اخره اعلم ان عين هذه المسئلة من
خواص الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل
تزوج امراة على هذين العبدين فاذا احدهما حر قال ليس لها غير العبد الباقي واما في قول
ابي يوسف فلها العبد الباقي وقيمة الحر عبدا وقال محمد لها العبد الباقي واما في قول ابي يوسف لا
فلها العبد الباقي وقيمة الحر عبدا وقال محمد لها العبد الباقي الا ان يكون مهر مثلها اكثر فيبلغ لها ذلك
وكذلك لو تزوجها على بيت وخادم بعينهما فاذا الخادم حر فليس لها الا البيت اذا كان يساوي عشرة
دراهم وكذلك العبد اذا كان يساوي عشرة دراهم في قول ابي حنيفة رضي الله عنه والاختلاف
هنا فرع على قولهم جميعا اما عند محمد فان العبدين لو وجدا حرين يجب مهر المثل على التمام فلو
وجد احدهما حرا يجب مهر المثل كذلك ثم العبد الباقي لو كان يساوي مهر المثل ليس لها الا ذلك
والا يكمل لها مهر المثل مع العبد الباقي واما عند ابي يوسف فانه سمى لها مالا فصحت تسميته
ثم لما عجز عن تسليم المسمى بظهور احد العبدين حرا وجب قيمته لو كان عبدا كما لو تزوجها على
هذا العبد فظهر حرا واما عند ابي حنيفة فلان وجوب المسمى وان قل يمنع وجوب مهر المثل
لان الجمع بينهما لا يجوز كما اذا تزوجها على هذا الثوب وقيمته خمسة يجب خمسة اخرى ولا
يعتبر مهر المثل فان قلت هذا الذي ذكرتم ممنوع عند ابي يوسف
رحمه الله لان ابا يوسف لا يقول بوجوب المسمى حتى يلزم من وجوبه الجمع بين المسمى ومهر المثل
وذاك لان المسمى العبدان ومذهبه ان يجب العبد الباقي وقيمة الاخر قلت
لا شك ان التسمية وقعت صحيحة باعتبار المال فلو لم يظهر الخلاف فيما سمى اصلا يجب تسليم المسمى
بالاتفاق فكذا اذا لم يظهر الخلاف في احدهما يجب تسليمه لقدرته على ذلك لان العجز عن التسليم
فيما ظهر حرا لا في الباقي فلما وجب تسليم الباقي وهو مسمى منع مهر المثل ولم يعتبر قيمة الحر
عند ابي حنيفة لو كان عبدا الا ان الاشارة والتسمية اذا اجتمعتا فالعبرة للاشارة عند ابي
حنيفة وكان القياس ان يجب مهر المثل لكن وجوب المسمى في العبد الباقي منع ذلك فان
قلت ما الجواب عن قياس محمد قلت
اذا ظهر العبدان جميعا حرين لم يبق ثمة ما يصلح مهرا حتى يجب تسليم ذلك فوجب مهر المثل وفي
صورة النزاع بقي ما يصلح مهرا فوجب تسليم المسمى فمنع مهر المثل فان قلت
يرد عليكم هنا سوال هايل وهو ما اذا تزوجها على الف وطلاق ضرتها او تزوجها على الف
والعفو عن القصاص او تزوجها على الف وكرامتها او على ان يهدي لها هدية فان لم يف بالشرط
يجب مهر المثل ولا يجب المسمى وهو الالف وهنا يجب المسمى وهو العبد الباقي لا مهر المثل
عند ابي حنيفة قلت الفرق بينهما ان المراة في تلك المسايل انما
رضيت بالالف لعوض صحيح فلما لم تحصل العوض انعدم رضاها بالالف المسمى فصار كانه
لم يسم شيا اصلا فصير الى الموجب الاصلي في باب النكاح وهو مهر المثل وهنا فيما نحن فيه
حصل رضاها بكل واحد من العبدين بلا تنزل وقت العقد ثم لما ظهر احدهما حرا لم يجب
مهر المثل لان وجوب المسمى في احدهما لوجود رضاها فيه منع ذلك **قوله**
وقال محمد وهو رواية عن ابي حنيفة رضي الله عنه وهي رواية ابن سماعة عن ابي حنيفة كذا
قال صاحب المختلف **قوله** لو كانا حرين تجب تمام مهر المثل عنده اي عند محمد وانما قيد
بقوله عند محمد احترازا عن قول ابي يوسف فان عنده لو ظهر عبد الصداق حرا يجب قيمته

لوكان عبدا فكذا اذا ظهر العبدان حرين تجب قيمتها ايضا وكذا في احد العبدين اذا ظهر حرا **قوله** واذا فرق القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد قبل الدخول فلا مهر لها وهذه من مسائل القدوري وانما سماهما زوجين مجازا لوجود صورة النكاح بالايجاب والقبول واراد بالنكاح الفاسد تزوج الاختين معا والنكاح بغير شهود ونكاح الاخت في عدة الاخت ونكاح المعتدة ونكاح الخامسة في عدة الرابعة ونكاح الامة على الحرة وذلك كله فاسد وانما يجب التفريق على القاضي كيلا يلزم ارتكاب المحظور اعتبارا بصورة العقد فاذا فرق بينهما قبل الدخول فلا مهر ولا عدة لان النكاح الفاسد لا حكم له قبل الدخول وكذا اذا فرق بعد الخلوة الصحيحة لان الخلوة الصحيحة في النكاح الصحيح انما اقيمت مقام الوطي للتمكن من الوطي وهنا لا تمكن من الوطي لكون العقد فاسدا واجب الرفع ولان الخلوة بها حرام فخلا منها في النكاح الصحيح ولا يقال ينبغي ان يجب نصف المسمى لقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم لانا نقول ذاك في التطليق بعد النكاح من كل وجه لان المطلق ينصرف الى الكامل ولم يوجد النكاح هنا من كل وجه او نقول لنصف المسمى ثبت في النصوص بخلاف القياس فلا يقاس عليه غيره فان دخل بها فلها مهر مثلها لا يزاد على المسمى عندنا وانما وجب مهر المثل بالدخول لقوله عليه السلام ايما امراة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل ثلاث مرات فان دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها رواه عروة عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم في السنن والجامع الترمذي فصار اصلا للمهر في كل نكاح فاسد ولانه اتلف المعقود عليه بعقد فاسد فلزمه قيمته كالمشتري بعقد فاسد اذا اتلف المبيع وقيمة البضع مهر المثل ولا يزاد مهر المثل على المسمى عندنا وقال زفر وبه اخذ الشافعي تجب مهر المثل بالغا ما بلغ كما في البيع الفاسد تجب القيمة بالغة ما بلغت وان زادت على الثمن ولنا ان المستوفى وهو البضع ليس بمتقوم في نفسه لما انه ليس بمال وانما يتقوم بالعقد والتسمية فيجب تقدير القيمة وهي مهر المثل بقدر التسمية فلا يزاد على المسمى الا ان مهر المثل اذا كان انقص من المسمى لا يجب المسمى بل يجب مهر المثل لان ما هو متقوم في نفسه لا يزاد على قدر القيمة في العقد الفاسد فهذا اولى بخلاف المقبوض في البيع الفاسد فانه مال متقوم في نفسه فتقدر البدل بقدر قيمته بالغة ما بلغت فلغا التسمية ووجب القيمة وعليها العدة اعني فيما اذا وجد الدخول الحاقا لشبهة النكاح بحقيقة النكاح وذاك لان النسب امر يحتاط في اثباته احيا للولد فيجب العدة صيانة للنسب عن الاشتباه ولانها تستحق المهر فيلزمها العدة كالعقد الصحيح ويعتبر ابتدا العدة من وقت التفريق وهو الصحيح وقال زفر من اخر ما وطيها حتى لو حاضت بعد الوطي قبل التفريق ثلاث حيض ثم وجد التفريق تنقضي العدة عنده لان المؤثر في ايجاب العدة هو الوطي لا العقد فيعتبر اخر الوطي ولنا ان العدة انما تجب لشبهة النكاح ودفع تلك الشبهة تحصل بالتفريق لا بالوطي ولهذا لو وطيها قبل التفريق مرارا لا يجب الحد للشبهة وبعد التفريق لو وطيها مرة واحدة يجب الحد ولان الاصل في وجوب العدة هو العقد الصحيح وفي الصحيح يعتبر ابتدا العدة من وقت الفرقة بالطلاق فكذا في الفاسد يعتبر ابتداوها من وقت الفرقة بالمتاركة ويثبت نسب الولد في النكاح الفاسد اذا جات به على راس ستة اشهر لان اقل مدة الحمل ستة اشهر ولو جات به لاقل من ستة اشهر لا يثبت النسب لان العلوق كان قبل

النكاح

النكاح اعتبارا للنكاح الفاسد بالصحيح وعند محمد يعتبر ابتدا المدة من وقت الدخول الى ستة اشهر وهو اختيار الفقيه ابي الليث وقال الولوالجي وغيره في شرح الفتاوى والفتوى على قول محمد لان النكاح الصحيح انما اقيم مقام الوطي لانه داع اليه شرعا والنكاح الفاسد ليس بداع فلا يقام مقامه **قوله** لفساده اي لفساد العقد وانما يجب اي المهر وكذا بعد الخلوة اي لا يجب المهر في النكاح الفاسد اذا وجد التفريق بعد الخلوة الصحيحة ايضا فيه اي في النكاح الفاسد **قوله** فان زادت على مهر المثل اي زادت التسمية **قوله** لعدم صحة التسمية اي في حق الزيادة لان التسمية في النكاح الفاسد معدوم حكما لانه وجد في ضمن النكاح الفاسد فاذا كان معدوما حكما لم يعتبر الزايد على الموجب الاصلي وهو مهر المثل كما في البيع الفاسد اذا كان الثمن زايدا على القيمة لا يجب الزايد بل يجب القيمة واما اذا كانت التسمية اقل من مهر المثل يجب المسمى ولا يجب الزايد لوجود الرضا من المراة بذلك وان نقصت اي نقصت التسمية عن قدر مهر المثل **قوله** وعليها العدة اي فيما اذا دخل بها في النكاح الفاسد للشبهة اي لشبهة النكاح وهي قوله زوجت وتزوجت ابتداوها اي ابتدا العدة **قوله** هو الصحيح احترازا عن قول زفر وقد بيناه **قوله** ورفعها بالتفريق اي رفع شبهة النكاح **قوله** فيترتب اي يترتب ثبوت النسب على الثابت من وجه وهو النكاح الفاسد يعني يثبت النسب به وتعتبر مدة النسب وهي ستة اشهر من وقت الدخول يعني لا من وقت العقد وهذا عند محمد موافقا **قوله** والاقامة باعتباره اي باعتبار الداعي يعني ان اقامة العقد مقام الوطي في النكاح الصحيح باعتبار ان العقد داع الى الوطي والنكاح الفاسد ليس بداع الى الوطي لكونه حراما واجب الرفع فلا يقام العقد مقام الوطي ولا يعتبر المدة من حين العقد **قوله** قال ومهر مثلها يعتبر باخواتها وعماتها وبنات عمها اي قال القدوري في مختصره ومهر مثل المراة يعتبر بالنسا المذكورة ولا يعتبر بامها وخالتها اذا لم تكونا من قبيلتها والاصل في اعتبار مهر المثل قول ابن مسعود رضي الله عنه لها مهر مثل نسايها ثم في نسايها اختلاف قال علماونا رحمهم الله نساوها اللاتي يعتبر مهرها بهن عشيرتها من قبل ابيها كالاخوات لابيها وامها وعماتها وبنات عمها دون امها وخالتها الا ان تكونا من عشيرتها بان كانت الام ابنة عم الاب فحينئذ يعتبر مهرها بالام لا لانها امها بل لانها ابنة عم ابيها وقال ابن ابي ليلى نساوها امها وخالتها ونحو ذلك لان المهر قيمة بضع النسا فيعتبر القرابة من قبل النسا ولنا ان النسب الى الاباء وهي تنتسب الى قوم ابيها لا الى قوم امها الا ترى ان الام قد تكون امة والابنة قرشية تبعا للاب فلا جرم يعتبر قرابة الاب لا قرابة الام ولان اعتبار مهر المثل لتقويم بضع المراة وقيمة الشي انما تعرف بالنظر الى جنسه وجنس المراة قوم ابيها لا قوم امها ويعتبر في مهر المثل مساواة المراتين في السن اعني في الصغر والكبر وفي الجمال والمال والعقل والدين والبلد والعصر لان هذه الصفات مطلوبة في المراة فتعتبر في تقويم بضعها كصفات السلعة عند تقويمها ويعتبر اتحاد البلد والعصر حتى لا يعتبر مهر مثل المراة بامراة اخرى من عشيرتها في بلدة اخرى لان المهر يختلف باختلاف البلد والعصر وهذا لان مهر المثل تقويم البضع والاعتبار في التقويم للموضع والزمان اللذين يقع فيهما التقويم كما في تقويم السلعة المستهلكة ويعتبر المساواة في البكارة لان المهر يختلف بالبكارة والثيوبة يزيد وينقص قال الولوالجي في فتاواه فاذا لم تكن واحدة من قرابة الاب بهذه الصفات فبامراة اجنبية موصوفة بذلك وقال في خلاصة الفتاوى فان لم

تكن مثلها في قبيلتها ينظر في قبيلة اخرى مثلها وفي المنتقى يشترط ان يكون المخبر بمهر المثل رجلين او رجلا وامراتين ويشترط لفظة الشهادة فان لم يوجد على ذلك شهود عدل فالقول قول الزوج مع يمينه **قوله** وهن اقارب الاب اي نسا وها اقارب الاب **قوله** لما بينا اشارة الى قوله وقيمة الشي انما تعرف بالنظر في قيمة جنسه **قوله** باختلاف الدار اراد بالدار البلد **قوله** قالوا اي قال اصحابنا رحمهم الله **قوله** واذا ضمن الولي المهر صح ضمانه وهذه من مسايل القدوري اعلم ان الاب اذا زوج ابنته وضمن لها المهر عن الزوج جاز لانه صير نفسه زعيما والزعيم غارم بالحديث ولان ركن التصرف صدر من اهله وهو العاقل البالغ مضافا الى محله فصح وهو معنى قوله لانه من اهل الالتزام وقد اضافه الى ما يقبله اي اضاف الالتزام او الضمان الى شي يقبل الضمان وهو مهر المثل وذاك لان المهر دين فيصح الضمان فيه بخلاف ما اذا باع الاب مال ولده الصغير وضمن الثمن عن المشتري لا يجوز والفرق ظاهر وهو ان الولي في باب النكاح سفير ومعبر لان حقوق العقد لا ترجع اليه فلو صح الضمان لا يلزم ان يكون ضامنا لنفسه بخلاف باب البيع فان حقوق العقد ترجع الى العاقد ولهذا لو ابرا الثمن عن المشتري صح فلو صح الضمان كان ضامنا لنفسه فلا يصح ثم لها الخيار ان شات طالبت الولي وان شات طالبت الزوج لان ذاك كفيل وهذا اصيل فاذا ادى الاب المهر الى البنت فلا يخلو من احد الامرين اما ان كان ضمن الضمان بامر الزوج او لا ففي الاول يرجع عليه وفي الثاني لا يرجع لانه متبرع كما هو الحكم في الكفالة هذا اذا كان الضمان في صحة الاب فان كان ضمان الاب في مرضه ومات منه فهو باطل ولم يتعرض له صاحب الهداية وذاك لان تصرف المريض فيما يكون فيه نفع لوارثه لا يصح وبه صرح في المبسوط وهذا فيما اذا زوج الصغيرة وضمن لها المهر عن الزوج اما اذا زوج ابنه الصغير في حال صحته وضمن عنه لزوجته المهر يصح اذا قبلت المراة ذلك ولم يتعرض صاحب الهداية لهذا ايضا فاذا ادى الاب بعد ذلك لم يرجع على الابن استحسانا وفي القياس يرجع لان غير الاب لو ضمن باذن الاب وادى يرجع في مال الصغير فكذا الاب لان قيام ولايته عليه في الصغر بمنزلة امره بعد البلوغ وجه الاستحسان ان الاباء يتحملون المهور عن ابنايهم عادة ولا يطمعون في الرجوع والثابت بالعرف كالثابت بالنص الا اذا شرط الرجوع في اصل الضمان فحينئذ يرجع لان الصريح يفوق الدلالة فتعتبر دلالة العرف بخلاف الوصي اذا ادى المهر عن الصغير بحكم الضمان يرجع لان التبرع من الوصي لا يوجد عادة هذا اذا ادى الاب بعد الضمان اما اذا مات قبل الادا فللمراة الخيار ان شات اخذت المهر من الزوج وان شات استوفت ذلك من تركة الاب لان الكفالة كانت صحيحة فلا تبطل بالموت ثم اذا استوفت من التركة قال في المبسوط رجع ساير الورثة بذلك في نصيب الابن او عليه ان كان قبض نصيبه وقال زفر لا يرجعون ولم يذكر خلاف ابي يوسف فيه وفي الكافي للحاكم الشهيد ايضا والامام الولوالجي في فتاواه ذكر خلاف ابي يوسف كما هو مذهب زفر وكذا اثبت خلاف ابي يوسف في خلاصة الفتاوى منقولا عن المحيط ان الخصاف ذكره كذلك ووجه قوله ان الكفالة لم تنعقد موجبة للضمان فلا ينقلب موجبة ولهذا لو ادى الاب حال حياته وصحته لا يرجع فكذا لا رجوع بعد الموت ولنا ان الرجوع في حالة الحياة انما لم يثبت لمعنى الصلة وقد بطل ذلك بالموت قبل التسليم ثم التبرع انما يكون بالادا لا بمجرد الكفالة فاذا حصل الادا في مرض الموت او بعد الموت يقع ذلك تبرعا في حق ساير الورثة فيرجعون

فان كان

فان كان الضمان من الاب في مرض الموت فهو باطل وكذلك كل ضمان في مرض الموت عن الوارث او للوارث فهو باطل لما قلنا والمجنون بمنزلة الصبي في جميع ذلك لانه مولى عليه كالصغير سوا كان الجنون اصليا او طاريا **قوله** اعتبارا بساير الكفالات يعني ان في جميع الكفالات المكفول له بالخيار ان شا طالب الاصيل وان شا طالب الكفيل فكذا هنا **قوله** بخلاف ما اذا باع الاب مال الصغير يعني لا يصح ضمانه عن الثمن **قوله** لان الولي سفير ومعبر في النكاح وتحقيق هذا الكلام مر في اول فصل الوكالة وهذا الدليل لبيان الفرق بين ضمان المهر وبين ضمان الثمن من الولي حيث يصح الاول ولا يصح الثاني وقد بيناه انفا **قوله** ويصح ابراؤه عند ابي حنيفة ومحمد اي يصح ابرا الاب الثمن عن المشتري وذكر شمس الايمة السرخسي رحمه الله في مبسوطه صحة الابرا ولم يذكر الخلاف **قوله** ويملك قبضه بعد بلوغه اي يملك الاب قبض الثمن بعد بلوغ الصغير وهذا ايضاح لرجوع الحقوق الى العاقد في البيع **قوله** وولاية قبض المهر بحكم الابوة هذا جواب سوال مقدر بان يقال كيف قلتم ان الاب معبر لا ترجع حقوق العقد اليه وله ولاية قبض مهر الصغيرة فقال ذاك بحكم الابوة لان الاباء يقبضون مهور بناتهم عادة لا باعتبار انه عاقد الا ترى انه لا يقبضه اذا بلغت الصغيرة فلو كان باعتبار انه عاقد لقبض بعد البلوغ ايضا كما في قبض ثمن المبيع وقال الولوالجي في فتاواه وللاب ان يطالب بمهر البكر وان كانت كبيرة والقياس ان لا يطالب لان ولاية الاب تنقطع عنها بالبلوغ وجه الاستحسان ان العادة فيما بين الناس ان الاباء يقبضون صداق البنات ويجهزون بها البنات والبنت تكون راضية بتصرف الاب لانها تستحيي عن المطالبة بنفسها ولو نهت اباها عن قبض الصداق لا يملك الاب المطالبة لان ولاية المطالبة انما تثبت للاب لوجود الرضى منها دلالة والدلالة انما تعتبر اذا لم يوجد الصريح بخلافه وليس لاحد من الاوليا ان يقبض على الجارية المدركة مهرها الا بوكالة منها سوى الاب لعدم الاذن ثم الاب في حق البكر البالغة انما يملك قبض صداقها المسمى لا غير حتى ان المسمى اذا كان بيضا لا يلي قبض السود لانه استبدال والاب لا يملك الاستبدال قال شمس الايمة الحلواني هذا مذهب علماينا وروي عن علماء بلخ انهم جوزوا ذلك حتى لو قبض بعض الصداق من جنس المسمى وبالبقية ضياعا يجوز قال وهذا رفق بالناس وقال في الفتاوى الصغرى لو قبض السود مكان البيض او على العكس لا يجوز وان قبض الضياع لا يجوز الا في موضع جرت العادة كما في رستاقنا ياخذون ببعض المهر ضياعا **قوله** قال وللمراة ان تمنع نفسها حتى تاخذ المهر وتمنعه ان يخرجها اي يسافر بها وهذه من خواص الجامع الصغير هذا اذا كان المهر عاجلا اما اذا كان موجلا ففيه اختلاف بين اصحابنا بيانه ان المهر لا يخلو من احد الامور الثلاثة اما ان يكون بشرط التعجيل او بشرط التاجيل او مسكوتا عنه فان كان بشرط التعجيل او مسكوتا عنه يجب حالا لانه عقد معاوضة فيقتضي المساواة من الجانبين وقد تعين حق الرجل في البضع فلا بد من ان يتعين حقها في المهر ولها ان تمنع زوجها نفسها ان يخرج بها الى السفر او ان يدخل بها حتى يعطيها المهر فان كان موجلا الى اجل معلوم فليس لها ان تمنع نفسها عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف اخيرا لها ان تمنع نفسها سوا كانت المدة قصيرة او طويلة لان ملك البضع لا يعرى عن ملك البدل ولما انها رضيت باسقاط حقها فلا تمنع

نفسها وكذا اذا كان الاجل مجهولا جهالة متفاوتة كالحصاد والدياس ونحو ذلك فانه يجوز بخلاف
البيع فانه لا يجوز بهذا الشرط واما اذا كانت الجهالة متفاحشة كالتزوج على الف مؤجلا او
الى الميسرة او الى هبوب الريح او الى ان تمطر السما فالاجل لا يثبت ويجب المهر حالا وان قال
نصفه مؤجل ونصفه معجل كما جرت العادة ولم يؤد على ذلك يجوز الاجل ويقع ذلك على
وقوع الفرقة بالموت او الطلاق وقال بعضهم لا يجوز الاجل ويجب حالا لانه اجل مجهول
جهالة متفاحشة كذا في شرح الطحاوي وغيره وهذا فيما اذا لم يوجد الدخول اما اذا دخل بها برضاها
فلها ان تمنع نفسها عند ابي حنيفة خلافا لصاحبيه واجمعوا انه لو دخل بها وهي كارهة او صبية
او مجنونة فان حقها في الحبس لا يسقط والخلاف في الخلوة مثل الخلاف في الدخول لهما ان تسليم
المعقود عليه وهو البضع وجد صحيحا بوطئه او خلوة بدليل استقرار كمال المهر فيسقط حق
الامتناع بعد ذلك كما يسقط حق الحبس بعد تسليم المبيع ولابي حنيفة ان المهر مقابل بجميع الوطآت
الموجودة في العمر فاذا امتنعت نفسها بعد الوطئة الواحدة منعت من البضع ما قابل البدل
فلها ذلك بيانه ان الوطي تصرف في المحل المحترم فلا يجوز اخلاء وطي ما عن العوض ابانة
لخطر المحل وانما تاكد المهر بالوطي الاول لان ما وراءه كان مجهولا فلم يصلح مزاحما للاول فاذا
وجد شي منه زاحم الاول وصار المهر مقابلا به وبالاول فاذا وجد اخر فكذلك كما اذا جنى
العبد جناية بصير رقبته جزاء الجناية ثم اذا جنى جناية اخرى فكذلك الى ما لا يتناهى وكما في
الاجارة المطلقة اذا اسلم النفس او الدار قبل قبض الاجرة كلها كان له حق المنع بعد ذلك
فيما لم يقبض فكذا هنا ثم اذا منعت نفسها بعد الدخول لا يسقط نفقتها عند ابي حنيفة لان
المنع بحق وعندهما لا نفقة لها قال فخر الاسلام البزدوي رحمه الله في شرح الجامع
الصغير كان ابو القاسم الصفار يفتي في المنع بقول ابي يوسف ومحمد وفي السفر بقول ابي
حنيفة ثم قال وهذا احسن في الفتيا يعني بعد الدخول لا تمنع نفسها لطلب المهر ولو منعت
لا نفقة لها كما هو مذهبهما ولا يخرج بها الزوج الى السفر وتمتنع المراة عن ذلك لطلب المهر
فاذا امتنعت لا تسقط نفقتها كما هو مذهب ابي حنيفة **قوله** في البدل اي في المهر في البدل
اي في البضع **قوله** وصار كالبيع يعني ان البايع يحبس المبيع لطلب الثمن فكذلك المراة تحبس
بضعها لطلب المهر **قوله** كما في البيع يعني ان الثمن اذا كان مؤجلا ليس للبايع ان يحبس
المبيع فكذلك لا تحبس المراة نفسها اذا كان المهر مؤجلا **قوله** وفيه خلاف ابي يوسف وقد بيناه
انفا **قوله** وان دخل بها فكذلك الجواب اي كما ان للمراة ان تمنع نفسها حتى تاخذ المهر
وتمنعه ان يخرجها فيما قبل الدخول بالاتفاق فكذلك بعد الدخول عند ابي حنيفة وهذا قول ٥
ابي حنيفة اخرا كذا في الايضاح وقالا ليس لها ان تمنع نفسها وهو قول ابي حنيفة الاول
وقد مر بيانه **قوله** فلا يخلى اي تصرف الوطي لخطره اي لخطر البضع المحترم **قوله**
والتاكد بالواحدة لجهالة ما وراها اي تاكد المهر بالوطئة الواحدة لجهالة ما وراء الوطئة
الواحدة وهذا جواب عن قولهما ان المعقود عليه صار مسلما بالوطئة فلا يصلح مزاحما
للمعلوم اي لا يصلح ما وراء الوطئة الواحدة لكونها مجهولا مزاحما للمعلوم وهو الوطئة
الواحدة الموجودة فاذا وجد اخر اي وطي اخر **قوله** واذا اوفاها مهرها نقلها
الى حيث شا لقوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم قال فخر الاسلام البزدوي رحمه الله كان
ابو عبد الله محمد بن سلمة يفتي فيما بعد تسليم المهر انه ليس له ان يسافر بها حكى عنه الفقيه ابو

جعفر رحمه الله ثم قال وهو حسن وقال الفقيه ابو الليث في كتاب النوازل سئل ابو القسم
عن امراة يريد زوجها اخراجها من البلد ولم يوف لها جميع مهرها قال ابو القسم لها ان
لا تخرج من بلدها الى بلد اخر سوا اوفاها المهر او لم يوفها لفساد الزمان لانها لا تامن على
نفسها في منزلها فكيف اذا اخرجت الى السفر قال الفقيه ابو الليث وبه ناخذ فكيف لو ادرك
ابو القسم زماننا هذا ثم قال وقيل لابي القسم اليس يجوز له ان يخرجها من المدينة الى القرية
ومن القرية الى المدينة قال ذاك تبوية وليس بسفر واخراجها من بلد الى بلد سفر وليس
بتبوية وقال في فصول الاستروشني قال ظهير الدين المرغيناني الاخذ بقول الله تعالى اولى
من الاخذ بقول الفقيه قال تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم فاقول هذا الذي
نقله عن ظهير الدين انما ياتي اذا كان قول الفقيه منافيا لقوله تعالى فلا نسلم ذلك وهذا
لان النص معلول بعدم الاضرار الاتري الى سياق الاية وهو قوله تعالى ولا تضاروهن
وفي اخراجها الى غير بلدها اضرار بها فلا يجوز **قوله** وقيل لا يخرجها الى بلد غير بلدها
وهو قول محمد بن سلمة وقد بيناه ومن في الاية للتبعيض اي اسكنوهن مكانا من حيث سكنتم
اي بعض مكان سكناكم كذا في الكشاف من وجدكم اي بقدر سعتكم والوجد المقدرة والغنى
ولا تضاروهن اي لا تستعملوا معهن الضرار **قوله** قال ومن تزوج امراة ثم اختلفا في
المهر الى اخره وهذه من مسايل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
في الرجل يتزوج المراة فيختلفان في المهر قال القول قول المراة الى مهر مثلها والقول قول
الزوج فيما زاد وان طلقها قبل الدخول بها فالقول قول الزوج في نصف المهر وهو قول ابي
حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف القول قول الزوج في المهر طلق او لم يطلق الا ان ياتي
من ذلك بشي قليل فلا يصدق اعلم ان الزوجين اذا اختلفا في مقدار المهر فقال الزوج الف
وقالت المراة الفان فان كان بعد الدخول قبل الطلاق او بعد الطلاق يحكم مهر المثل حتى لو كان مهر
المثل الفا او اقل فالقول قول الزوج مع يمينه في انكار الزيادة بالله ما تزوجها على الفين وان نكل اعطاها
الفين على سبيل التسمية دراهم لا خيار للزوج فيها وان حلف لا يثبت الفضل وايهما اقام البينة قبلت بينته
فان اقاما جميعا كانت بينة المراة اولى لانها اكثر اثباتا كالبايع والمشتري اذا اقاما البينة على مقدار الثمن
يكون بينة البايع اولى لما قلنا هذا اذا كان مهر المثل الفا او اقل اما اذا كان مهر المثل الفين او اكثر
فالقول قول المراة مع يمينها بالله ما رضيت بالف لانها منكرة للحط الذي يدعيه الزوج فان نكلت
يجب لها الالف باعتبار التسمية وان حلفت يثبت لها الالفان الف منها باعتبار التسمية والف اخر
باعتبار تحكيم مهر المثل وللزوج خيار في هذه الالف ان شا اعطاها دراهم كما سماها وان شا اعطاها
من الدنانير ما يساوي الف درهم فايهما اقام البينة على دعواه قبلت بينته لان كلا منهما مدع ظاهرا
فاذا اقاما جميعا كانت بينة الزوج اولى وهو الصحيح لانها اكثر اثباتا لان بينة الزوج تثبت الاصل
وهو سقوط احد الالفين وبينة المراة تثبت صفة التعيين وهو وجوب المسمى دراهم ولا
تثبت الاصل لان الاصل وهو الالفان ثابت لها باعتبار تحكيم مهر المثل فالمثبت للاصل اولى
لكونه اقوى من المثبت للوصف واما اذا كان مهر مثلها الفا وخمسماية يجب التحالف لان كل واحد
منهما مدع ومنكر اما الزوج فانه يدعي الحط والمراة تنكره واما المراة فانها تدعي خمسماية اخرى زايدة
على مهر المثل والزوج ينكر ذلك ويبتدا التحالف بالقرعة لانه لا رجحان لاحدهما على الاخر
كذا قالوا في شروح الجامع الصغير ولم يتعرض له صاحب الهداية وقال القدوري في شرح كتاب

الاستحلاف يبتدا في التحالف بيمين الزوج وذاك ان المهر في حكم الثمن والبضع كالمبيع وفي المبتا يعين يبتدا
بيمين المشتري فكذلك هنا يبتدا بيمين الزوج واليه ذهب الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي
ثم ان نكل الزوج ثبت الالفان مسمى وان نكلت المراة ثبت الالف واذا حلفا جميعا يجب الف وخمسماية
الالف باعتبار التسمية وخمسماية باعتبار تحكيم مهر المثل وللزوج خيار دفعها فايهما اقام البينة قبل
بينته وان اقاما جميعا تهاترت البينتان للتعارض ووجب مهر المثل الف وخمسماية الالف باعتبار
التسمية وخمسماية باعتبار تحكيم مهر المثل وبتخيير الزوج فيها وهذا كله قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله على
تخريج ابي بكر الرازي اعني ان التحالف في فصل واحد على تخريجه وهو ما اذا خالف مهر المثل قولهما فان
وافق قول احدهما فالقول قوله لان الظاهر معه وقال الشيخ ابو الحسن الكرخي يجب التحالف على قولهما
في الفصول كلها ثم يحكم مهر المثل قالوا وهو الصحيح لان مهر المثل لا يثبت مع وجود التسمية وانما
يثبت بعدم التسمية بالتحالف لانه حينئذ يكون كان العقد لم يكن فيه تسمية اصلا فيصار الى مهر المثل
فلما لم يثبت مهر المثل مع وجود التسمية كيف يكون الظاهر مع الذي وافقه مهر المثل وجعل
شمس الايمة قول ابي بكر الرازي اصح لان تحكيم مهر المثل هنا ليس للايجاب في الابتدا بل ليتبين به
قول من يشهد له الظاهر ثم الاصل في الدعاوي انه يكون القول قول من يشهد له الظاهر
مع يمينه وقال ابو يوسف القول قول الزوج مع يمينه ولا يحكم مهر المثل الا ان ياتي بشي قليل وذاك
لان مهر المثل قيمة البضع والبضع ليس بمتقوم وانما يتقوم بالتقويم ولا حاجة الى التقويم عند وجود
التسمية ولان مهر المثل انما يعتبر عند انعدام التسمية وقد اتفقا على اصل التسمية فلا يحكم مهر المثل ولا
معنى للتحالف لانه للفسخ والنكاح لا يحتمل هذا النوع من الفسخ ولهذا لا يصار الى تحكيم المتعة اذا
طلقها قبل الدخول بل لها نصف ما يقوله الزوج وهذا لان المتعة موجب نكاح لا تسمية فيه بعد
الطلاق كمهر المثل قبل الطلاق ولابي حنيفة ومحمد ان البضع متقوم عند النكاح ولهذا اذا لم يوجد
التسمية يجب مهر المثل فلما اختلفا في المسمى وجب تحكيم الموجب الاصلي وهو قيمة البضع اعني مهر المثل
كالصباغ مع رب الثوب اذا اختلفا في الاجرة يحكم قيمة الصبغ لان الصبغ عين مال قايم بخلاف القصار
ورب الثوب اذا اختلفا في الاجر لانه ليس لعمل القصارة موجب بدون التسمية ولا نسلم ان النكاح
لا يحتمل الفسخ الا ترى انه يفسخ بخيار العتق وخيار البلوغ وعدم الكفاءة ويستحق فيه التسليم
والتسلم فاشبه البيع من هذا الوجه فوجب التحالف وقول ابي يوسف الا ان ياتي بشي قليل هو لفظ
الجامع الصغير وقال في المبسوط وشرح الطحاوي الا ان ياتي بشي مستنكر وتكلموا في معناه بعضهم هو ان
يدعي الزوج اقل من عشرة دراهم وقال بعضهم هو ان يدعي ما لا يتعارف مهرا لها كما اذا ادعى في مهر
بنت الملك مثلا عشرين دينارا لا يصدق على ذلك ولفظ الجامع الصغير اين هذا كله اذا
اختلفا بعد الدخول اما اذا اختلفا قبل الدخول فالقول قول الزوج في نصف المهر اذا طلقها
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ولا يحكم متعة مثلها وهذه على رواية الجامع الصغير والمبسوط
وقال في الجامع الكبير يحكم متعة مثلها فان شهدت لاحدهما فالقول له مع يمينه وان كانت
بين الامرين حلف كل واحد منهما كما في حال قيام النكاح وعند ابي يوسف القول قول الزوج مع
يمينه الا ان ياتي بشي قليل يكذبه الظاهر فيه وجه التوفيق بين الروايتين ان وضع المسئلة
في الاصل في الالف والالفين ولا فايدة في تحكيم المتعة لان الزوج معترف بنصف الالف
والمتعة لا تبلغ ذلك غالبا اما في الجامع فقد وضع المسئلة في العشرة والماية ومتعة مثلها
عشرون فافاد تحكيم المتعة وجواب الجامع الصغير ساكت عن ذكر المقدار فحمل على المتعارف

وهو الاختلاف في الالوف كما ذكر في الاصل وهذا اذا كان الاختلاف في قدر المسمى اما اذا كان
الاختلاف في اصل التسمية فانكر احدهما يجب مهر المثل بالاتفاق اما عندهما فظاهر لان
الاصل تحكيم مهر المثل عندهما وكذا عند ابي يوسف لانه في المسئلة الاولى جعل القول قول
الزوج لانه يتقين وقد وجد الاتفاق من الزوجين على اصل التسمية وهنا انكر احدهما المسمى فلم
يمكن القضا بالتسمية فوجب المصير الى مهر المثل وهذا اذا كان الاختلاف في حال حياتهما اما
اذا كان الاختلاف بعد موت احدهما واختلف وارث الميت مع الحي فالجواب فيه كالجواب
في حال حياتهما في غير حال الطلاق لان مهر المثل لا يسقط بموت احد الزوجين كما في المفوضة
وهي التي زوجت نفسها من رجل بغير مهر اذا مات احدهما يجب مهر المثل واما اذا كان الاختلا
بعد موتهما جميعا فاختلفت الورثة فان كان الاختلاف في المقدار فالقول قول ورثة الزوج
مع اليمين لانكارهم الزيادة ولا يحكم مهر المثل لان مهر المثل يسقط اعتباره بموتهما كما قال في
مسئلة المفوضة وعند ابي يوسف القول قول ورثة الزوج ايضا الا ان ياتوا بشي قليل وعلى
قول محمد الجواب فيه كالجواب في حال الحياة اعني ان القول قول ورثة المراة الى مهر مثلها والقول
قول ورثة الزوج فيما زاد واما اذا كان اختلاف الورثة في اصل التسمية فعند ابي حنيفة لا يقضى
بشي لانه لا يحكم بمهر المثل بعد موتهما واستدل في الاصل وقال الا ترى ان ورثة علي بن ابي طالب
لو ادعوا على ورثة عمر بن الخطاب مهر ام كلثوم بنت علي لم اقض بذلك في ميراث عمر الا ان يقوموا
البينة على مهر مسمى وعندهما يقضي بمهر المثل كما في حال الحياة قوله في المهر اي في مقدار المهر
قوله ومعناه ما لا يتعارف مهرا لها اي معنى قول ابي يوسف الا ان ياتي بشي قليل هو الصحيح
احترازا عن قول بعضهم وقد بيناه قوله ضروري يعني ثبت تقوم منافع البضع ضرورة
التوالد والتناسل قوله وصار كالصباغ مع رب الثوب اذا اختلفا في مقدار الاجر اي
صار تحكيم مهر المثل في الاختلاف في مقدار المهر لانه الموجب الاصلي كتحكيم الصبغ في اختلاف
الصباغ مع رب الثوب بانه ان رب الثوب قال صبغته بدرهم وقال الصباغ بدرهمين
فينظر الى ما زاد الصبغ في قيمة الثوب فان كان درهما او اكثر اعطي ذلك ويحلف بالله ما
صبغته باكثر من ذلك وذلك لان الصبغ عين مال قايم فوجب الرجوع الى قيمته وتحكيمه
كذا قال القدوري في شرح كتاب الاستحلاف قوله لان المتعة موجبة بعد الطلاق
كمهر المثل قبله فتحكم كهو يعني ان المتعة موجب نكاح لا تسمية فيه بعد وقوع الطلاق كما ان مهر
المثل موجب نكاح لا تسمية فيه قبل وقوع الطلاق فينبغي ان تحكم المتعة بعد الطلاق كما
يحكم مهر المثل قبل الطلاق قوله وجه التوفيق اي بين رواية المبسوط ورواية الجامع
الكبير قوله وشرح قولهما اي قول ابي حنيفة ومحمد قوله في الوجهين اي فيما اذا كان
مهر المثل الفا او اقل وفيما اذا كان الفين او اكثر قوله في الوجه الاول اي فيما اذا كان
مهر مثلها الفا او اقل قوله وفي الوجه الثاني بينته اي فيما اذا كان مهر مثلها الفين او اكثر
تقبل بينة الزوج لان بينة الزوج تثبت الحط اي حط احد الالفين قوله وهذا تخريج
الرازي اي وجوب التحالف في فصل واحد وهو ما اذا خالف مهر المثل قولهما هو تخريج
الشيخ ابي بكر الجصاص احمد بن علي الرازي رحمه الله فاذا وافق قول احدهما فالقول قوله
مع يمينه من غير تحالف والشيخ ابو بكر احمد بن علي الرازي من كبار علمانا العراقيين وهو
بالمرتبة الاعلى والدرجة القصوى في العلم والورع صاحب التصانيف في الاصول والفروع

وغير ذلك وشارح كتب اصحابنا رضي الله عنهم وكان مولده سنة خمس وثلثمائة ومات سنة سبعين
وثلثمائة قوله وقال الكرخي وهو الشيخ ابو الحسن عبيد الله بن الحسين الكرخي رحمه الله استاذ
المحققين وعلمه وورعه واجتهاده وتصانيفه اشهر من الشمس وهو استاذ ابي بكر الرازي يحكم
في الفصول الثلاثة اي فيما اذا كان مهر المثل الفا او اقل او الفين او اكثر او الفا وخمسمائة ووجه
وكان مولد الكرخي سنة ستين ومائتين ووفاته سنة اربعين وثلثمائة قوله لانه هو
الاصل عندهما هذا دليل على وجوب مهر المثل بالاجماع اما عند ابي حنيفة ومحمد فلان مهر
المثل هو الاصل في التحكيم واما عند ابي يوسف فلانه تعذر القضاء بالمسمى لانه لا سبيل الى القضاء
بالمسمى مع وقوع الشك في وجوده لان احدهما ينكره وادنى درجة الاختلاف ايراث الشبهة
فيصار الى ما هو الاصل وهو مهر المثل قوله ولا يستثنى القليل اي على مذهب ابي حنيفة بل يجعل في
ورثة الزوج وان ادعوا شيئا قليلا قوله وعند محمد الجواب فيه كالجواب في حالة الحياة يعني
ان القول قول ورثة المراة الى مهر المثل وفيما زاد على ذلك القول قول ورثة الزوج قوله
على ما نبينه اشارة الى دليل ابي حنيفة في المسئلة التي تلي هذه المسئلة قوله واذا مات
الزوجان وقد سمى لها مهرا فلورثتها ان ياخذوا ذلك من ميراث الزوج وان لم يكن سمى لها
مهرا فلا شيء لورثتها عند ابي حنيفة وقالا لورثتها المهر في الوجهين وهذه من مسائل الجامع
الصغير والمراد من قولهما لورثتها المهر هو المسمى اذا سمى لها ومهر المثل اذا لم يسم لها وانما
ياخذ الورثة جميع المسمى من ميراث الزوج اذا ماتا معا ولم يعلم سبق احدهما او علم ان الزوج
مات اولا لان المسمى دين في الذمة وقد تاكد بالموت فان علم ان المراة ماتت اولا يسقط من
المهر قدر نصيب الزوج من التركة لانه ورث دينا على نفسه وجه قولهما ان مهر المثل لما
وجب بالنكاح بقي كما كان بعد موتهما كالمسمى لان المسمى الموت ليس بمسقط للمهر ولهذا اذا مات
احدهما لا يسقط فكذا اذا ماتا ووجه قول ابي حنيفة اختلف فيه مشايخنا قال بعضهم ان
المسئلة مصورة في التقادم وعند التقادم لا تخلو المراة عن استيفاء المهر فلا يقضى بشيء او
التقادم دليل انقراض الاقران فلا يمكن تقدير مهر المثل بخلاف ما اذا مات احدهما حيث
يمكن تقدير مهر المثل لعدم انقراض الاقران وقال بعضهم بل وجه قوله ان مهر المثل
من حيث هو قيمة البضع يشبه المسمى ومن حيث انه يجب بغير شرط يشبه النفقة والصلة
فباعتبار الشبه الاول لم يسقط بموت احدهما وباعتبار الشبه الثاني سقط فيسقط بموتهما
لان المسقط تاكد بموتهما قوله معناه المسمى اي معنى قولهما لورثتها المهر يعني ان المراد
من المهر المسمى او مهر المثل كما قلنا قوله في الوجه الاول اي فيما اذا سمى قوله في الوجه
الثاني اي فيما اذا لم يسم قوله اما الاول وهو وجوب المسمى قوله فيقضى من تركته
اي يقضى المسمى من تركة الزوج بالاتفاق قوله الا اذا علم انها ماتت اولا فيسقط
نصيبه من ذلك استثناء من قوله فيقضى من تركته اي يسقط نصيب الزوج من التركة
اعني يسقط من المهر الذي عليه قدر نصيبه من تركة المراة لما قلنا قوله واما
الثاني وهو وجوب مهر المثل قوله ومن بعث الى امراته شيئا فقالت هو هدية
وقال الزوج هو من المهر فالقول وهذه من مسائل الجامع الصغير وانما كان القول
قول الزوج لان التمليك استفيد منه فكان اعرف بجهته الا ان هنا فيض كلامه عرفا
فيصير مكذبا حينئذ كما في الطعام الذي يوكل فانه يعتد في العرف هدية لا مهرا

فاما سائر الاموال كالحنطة والشعير ونحو ذلك فقد يكون هدية وقد يكون مهرا فالبه
البيان وقال الفقيه ابو الليث المختار انه ينظر ان كان من متاع سوى ما يجب على الزوج
فالقول قول الزوج انه مهر وما كان من متاع كان واجبا عليه مثل الخمار والدرع ومتاع
الليل فليس له ان يحسب من المهر لان الظاهر يكذبه والخف والملاءة لا يجب عليه لانه
ليس عليه ان يهيئ لها امر خروجها وهذا معنى قول صاحب الهداية وقيل ما يجب عليه
من الخمار والدرع وغيره ليس له ان يحسبه من المهر وذكر شمس الائمة السرخسي في السير
الكبير ان الاب اذا بعث ابنته الى بيت الزوج مع جهاز فماتت الابنة فقال الزوج الجهاز
كان ملكها ولي منها الميراث وقال الاب كنت اعرتها فالقول قول الاب لان العارية له
تبرع والهبة تبرع والعارية ادناهما فحمل على الادنى وذكر الامام فخر الدين قاضي خان ان الجواب
فيه على تفصيل ان كان الاب من الاشراف والكرام لا يقبل قوله انه عارية وان كان الاب
ممن لا يجهز البنات بمثل ذلك يقبل قوله وقال الصدر الشهيد والمختار للفتوى انه اذا
كان العرف مستمرا ان الاب يدفع جهازا لا عارية كما في ديارنا فالقول قول الزوج وان كان
العرف مشتركا فالقول قول الاب كذا ذكر في فصول الاستروشني وفي الفصول ايضا
رجل خطب بنت رجل وبعث اليها هدايا ولم يزوج الاب البنت قالوا ما بعث للمهر وهو قائم
او هالك يسترد وكذا كل ما بعث هدية وهو قائم فاما الهالك والمستهلك فلا شيء له في ذلك
وانما كتبت هذه المسائل نكتبها للفوائد وان لم يذكرها صاحب الهداية قوله كيف
وان الظاهر انه يسعى في اسقاط الواجب اي كيف لا يكون القول قول الزوج والظاهر
انه يسعى في اسقاط الواجب عن ذمته فيكون القول قول من يشهد له الظاهر والواو
في وان للحال وهي بكسر الهمزة وانه بفتح الهمزة قوله الا في الطعام استثناء من
قوله فالقول قوله قوله والمراد منه الى اخره اي المراد من الطعام الذي يوكل
هو ما يكون مهيا اي معدا للاكل مما يتسارع اليه الفساد لا الحنطة والشعير قوله
لما بينا اشارة الى قوله وان الظاهر انه يسعى في اسقاط الواجب قوله ما يجب عليه
الى اخره مر بيانه

فصل

شرع في بيان نكاح اهل الذمة بعد
فراغه من بيان نكاح المسلمين لانهم الاصول واهل الذمة تبع لهم في سائر المعاملات والنكاح
منها قوله واذا تزوج النصراني نصرانية على ميتة او على غير مهر وذلك في دينهم جائز
فدخل بها او طلقها قبل الدخول بها او مات عنها فليس لها مهر وهذه من مسائل الجامع
الصغير المعادة المغيرة اعلم ان الذمي اذا تزوج ذمية على ميتة او دم او بغير مهر
وذلك في دينهم جائز يصح النكاح ولا يجب شيء حتى لو ترافعا الى القاضي لا يقضي بشيء وكذلك اذا
اسلما بعد ذلك وعند ابي يوسف ومحمد يجب مهر المثل ان طلقها بعد الدخول او مات
عنها زوجها وان طلقها قبل الدخول فلها المتعة وفي الحربيين لا يجب شيء بالاتفاق خلافا
لزفر فعنده يجب للحربية مهر المثل لزفر رحمه الله ان الخطاب عام وهو قوله تعالى
ان تبتغوا باموالكم فيجب مهر المثل للحربية والذمية كما في المسلمة اذا تزوجها بلا مهر او
على ميتة ولهما ان اهل الذمة التزموا احكامنا حيث قبلوا الجزية والحكم في نكاح المسلمين
بهذه الصفة هذا فكذا في نكاحهم بخلاف اهل الحرب فان الخطاب ليس بشائع في دار
الحرب ولم يلتزموا احكامنا فلم يجب في الحربية شيء لوجود الفرق بينها وبين الذمية ولابي

حنيفة في الحربية ما قلنا وفي الذمية قال انا امرنا بتركهم وما يدينون ولهذا لم نتعرض
لهم في الخمر والخنزير وتصرفهم فيهما صحيح ووجوب مهر المثل او المتعة لا يخلو من احد الامرين
اما بالتزامهم او بالتزامنا اياهم فالاول منتف لانا كلامنا على تقدير عدم التزامهم وكذا الثاني
لان الالتزام اما ان يكون بالسيف او بالمحاجة وكل منهما منقطع عن اهل الذمة لقبول
الجزية بخلاف الزنى فانه لا يجوز في سائر الاديان وهم يعتقدون حرمته وكذا الربوا
لانه مستثنى بقوله تعالى فبظلم من الذين هادوا حرمنا عليهم طيبات احلت لهم وبصدهم
عن سبيل الله كثيرا واخذهم الربوا وقد نهوا عنه وبقوله عليه السلام في كتابه الى
نصارى بني نجران اما ان تذروا الربا او تاذنوا بحرب من الله ورسوله ولقوله عليه السلام
الا من اربى فليس بيننا وبينه عهد وبخلاف الشرك فانه لم يحل ولن يحل اصلا فلما وجب
تركهم وما يدينون صاروا كاهل الحرب فلم يجب شيء قوله وذلك في دينهم جائز من
صورة المسئلة والواو للحال وجواب المسئلة قوله فليس لها مهر قوله وهذا عند
ابي حنيفة اي عدم وجوب المهر قوله وهذا الشرع وقع عاما اي شرع ابتغاء النكاح
بالمال وقع عاما في حق المسلم والكافر لقوله عليه السلام بعثت الى الاحمر والاسود قوله
لا يلتزمون احكامنا في الديانات اي لا يلتزم اهل الذمة احكامنا في الاشياء التي تتعلق
بالديانات كحرمة الخمر والخنزير وكذا لا يلتزمون احكامنا فيما يعتقدون خلاف معتقدنا
في المعاملات كالنكاح بغير شهود قوله خلافه الضمير فيه راجع الى ما في فيما
يعتقدون اي لا يلتزمون احكامنا في الشيء الذي يعتقدون خلاف ذلك الشيء كما انا نعتقد
حرمة النكاح بغير شهود وهم يعتقدون خلاف ذلك فلا يلتزمونه قوله وولاية
الالزام بالسيف او بالمحاجة جواب عن قولهما وولاية الالزام متحققة قوله
امرنا بان نتركهم وما يدينون يجوز ان يكون الواو للعطف اي امرنا بان نترك اهل
الذمة وان نترك ما يدينون اي يعتقدون فلا نتعرض لهم ويجوز ان يكون بمعنى مع
كما في قولهم استوى الماء والخشبة اي امرنا بان نتركهم مع ما يدينون اي مع اعتقادهم
قوله فصاروا كاهل الحرب اي صار اهل الذمة في الديانات وفي المعاملات التي
يعتقدون فيها خلاف اعتقادنا كاهل الحرب قوله بخلاف الزنى جواب عن قول ابي
يوسف ومحمد في ايراد النظير بقولهما كالزنى وكذا قوله والربا جواب ايضا قوله الا من
اربى هو حرف التنبيه لا حرف الاستثناء كذا وقع السماع مرارا بفرغانة وبخارا
قوله وقوله في الكتاب او على غير مهر يحتمل نفي المهر ويحتمل السكوت
اي قول محمد في الجامع الصغير وقال الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير
فالنفي على الاختلاف لا محالة فاما السكوت فانه يرجع فيه الى دينهم فان دانوا
انه لا يجب الا بالنص عليه كان على الاختلاف وان دانوا انه يجب الا ان ينفى
فانه يجب عند السكوت بالاجماع قال فخر الاسلام البزدوي والتزوج
بالميتة لانهم لا يتمولونها كما لا يتمولها المسلمون قوله روايتان اي عن
ابي حنيفة في رواية يجب مهر المثل كما قالا وفي رواية لا يجب شيء والاصح
ان الكل على الخلاف رواية واحدة فعنده لا شيء لها وعندهما لها مهر
المثل قوله فان تزوج الذمي ذمية على خمر او خنزير ثم اسلما او اسلم

احدهما

احدهما فلها الخمر والخنزير وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة المفيدة اعلم ان الذمي اذا تزوج
ذمية على خمر او خنزير ثم اسلم احدهما او اسلما جميعا قبل القبض فلا يخلو من احد الامرين اما ان كان المسمى هو
الخمر او الخنزير عينا اي موصوفا في الذمة فان كان عينا فلها العين ليس لها غير ذلك وان كان دينا
فالجواب على التفصيل ففي الخمر القيمة وفي الخنزير مهر المثل وهذا كله مذهب ابي حنيفة رضي الله
عنه وقال ابو يوسف لها مهر المثل فيهما جميعا في الوجهين اعني في العين وغير العين وقال محمد
لها القيمة فيهما في الوجهين وجه قولهما في العين ان القبض في المهر العين مؤكد للملك فيمتنع قبض
الخمر والخنزير بسبب الاسلام كابتداء التملك بعد الاسلام والدليل على هذا الاصل ان المهر
لو هلك او دخل فيه عيب قبل القبض كان الهلاك والعيب على الزوج ولو كان الهلاك او العيب
بعد التسليم كان عليها فعلم ان القبض له شبه بابتداء التملك فيمتنع بالاسلام كقبض المبيع فصار
كغير العين ثم لما امتنع القبض قال ابو يوسف وجب مهر المثل اعتبارا لحالة القبض بحالة ابتداء
العقد اعني لو كان الاسلام موجودا عند العقد على الخمر والخنزير كان يجب مهر المثل فكذا هنا لان القبض
له شبه بابتداء العقد من حيث انه مؤكد وقال محمد رحمه الله التسمية وقعت صحيحة حالة العقد
لانهما كانا كافرين حينئذ الا ان التسليم امتنع بالاسلام لشبه القبض بالعقد فصار كهلاك العبد
المسمى فوجبت القيمة وابو حنيفة رضي الله عنه فرق بين العين والدين فقال في العين ان الملك تام
قبل القبض رقبة وتصرفا وانما فاتت صورة اليد وانما يحصل ذلك بالقبض ولا باس به بعد الاسلام اذا
لم يتضمن ملكا ولهذا يسترد المغصوب منه بعد الاسلام الخمر المغصوبة قبل الاسلام وكذا في الخنزير
بخلاف الخمر المشتراة او الخنزير المشترى حيث لا يجوز قبض ذلك بعد الاسلام لان ملك التصرف يحصل
بالقبض فصار القبض شبيها بابتداء التملك وهنا فيما نحن فيه ملك التصرف ثابت قبل القبض اما
في غير العين فقد فصل الجواب فاوجب في الخمر القيمة وفي الخنزير مهر المثل وذلك لان القبض هو الذي
يثبت الملك في الدين فامتنع بالاسلام وصار كهلاك المسمى فوجب المصير الى البدل فوجبت القيمة
في الخمر لان القيمة في ذوات الامثال ليست كعين الشيء لا حقيقة ولا حكما ولهذا اذا اتى بقيمة
الخمر قبل الاسلام لا تجبر المراة على القبول فلم يكن قبض القيمة بعد الاسلام كقبض الخمر حكما بخلاف
الخنزير فانه حيوان ليس من ذوات الامثال فيكون تسليم قيمته كتسليم عينه حكما ولهذا اذا اتى
بقيمته قبل الاسلام تجبر المراة على القبول فلم تجز بعد الاسلام تسليم قيمته لانها كعينه فوجب مهر
المثل قوله ومعناه اذا كانا باعيانهما اي معنى قوله فلها الخمر والخنزير اذا كانا معينين قوله
في الوجهين اي في العين وغير العين قوله وجه قولهما اي في العين قوله ولهذا تملك له
التصرف فيه اي تملك المراة التصرف في الصداق المعين وهذا ايضاح لتمام الملك بنفس
العقد في الصداق المعين قوله وذلك لا يمتنع بالاسلام اشارة الى القبض قوله
بخلاف المشتري معا يجوز بفتح الراء وكسرها ففي الاول يكون معناه ان الخنزير المشترى او
الخمر المشتراة لا يجوز قبض ذلك بعد الاسلام وعلى الثاني ان المشتري للخمر او الخنزير ليس
له ان يقبضهما بعد الاسلام لان ملك التصرف يستحدث بالقبض قوله لانه من ذوات
القيم اي لان الخنزير من ذوات القيم لانه لا مثل له من جنسه ولا كذلك الخمر لانها من ذوات
الامثال لان لها مثلا من جنسها وصاحب الهداية ذكر ضمير الخمر على تاويل الشراب وهي من الاسماء
المؤنثة السماعية الا ترى الى قول ابي الاسود الدؤلي دع الخمر يشربها الغواة فانني رايت
اخاها مغنيا لمكانها فالا يكنها او تكنه فانه اخوها غذته امه بلبانها ذكره ابن السكيت في

الاصلاح خاطب ابو الاسود مولى له ينهاه عن ذلك ويقول ان الزبيب يقوم مقامها فان لم
تكن الخمر نفسها هي الزبيب فهي اخته اغتذيا من شجرة واحدة **قوله** ولو طلقها قبل
الدخول لها فمن اوجب مهر المثل اوجب المتعة ومن اوجب القيمة اوجب نصفها اي نصف
القيمة والذي اوجب مهر المثل مطلقا هو ابو يوسف والذي اوجب القيمة مطلقا هو
محمد وابو حنيفة اوجب في الخنزير الدين مهر المثل وفي الخمر الدين القيمة والله اعلم

باب نكاح الرقيق انما اخر هذا الباب عن فصل النصراني والنصرانية
لما ان الرقيق لا ينعقد نكاحه اصلا الا اذا اذن له مولاه بخلاف اهل الكتاب فان لهم ولاية
النكاح فيما ذكر من لهم ولاية النكاح وهم المسلمون واهل الكتاب الحق بهم من ليس لهم ولاية
النكاح بانفسهم وهم الارقاء وقدم هذا الباب على باب نكاح اهل الشرك لان الرق يتحقق في
المسلم بقاء وان لم يتحقق ابتداء والرقيق المسلم خير من المشرك الحر قال تعالى ولعبد مؤمن خير
من مشرك هذا ما عندي من وجه المناسبة وقال بعض الشارحين انما اخره عن فصل النصراني
لان الرق من اثار الكفر والاثر يقفو المؤثر وفيه نظر لانه يقتضي ان يكون وضع هذا الباب
بعد باب نكاح اهل الشرك لما قال من المجيء **قوله** لا يجوز نكاح العبد والامة الا
باذن مولاهما وهذه من مسائل القدوري اما الامة فظاهر لان منافع بضعها ملك المولى
فلا يصح عقدها عليها بدون اذن المولى واما العبد ففيه خلاف مالك فعنده يجوز نكاح العبد
بغير اذن المولى ولكن قال في الموطا ان اذن له سيده ثبت على نكاحه وان لم ياذن له سيده فرق
بينهما وجه قوله ان النكاح من خصايص الادمية فيملكه العبد كالطلاق ولنا قوله تعالى
ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شيء والنكاح شيء فلا يملكه العبد بحكم الاية وقد روى
صاحب السنن باسناده الى جابر رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر واخرجه الترمذي وقال هذا حديث حسن وفي
السنن ايضا مسندا الى نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم قال اذا نكح العبد
بغير اذن مولاه فنكاحه باطل ولان النكاح عيب فلا يملكه العبد بدون اذن مولاه ولهذا اذا
اشترى عبدا او امة فوجد ذا زوج جاز له ان يرد ولانه عقد ضرر وضرر فلا يملكه العبد بغير
اذن المولى كالبيع ولان فيه شغل ماليته بالمهر والنفقة فلا يجوز شغل ماليته وهي ملك المولى
بدون اذنه ولهذا لا يجوز بيع رقبته او رهنها بما لم يجز وان كان فيه منفعة للمولى فاولى ان لا يجوز نكاحه
وليس فيه نفع للمولى بدون اذنه ثم اذا اجاز المولى لا يجوز نكاحه اكثر من ثنتين وقد بيناه في
الاستقصاء في فصل المحرمات والعاهر الزاني وهو العاهر رجل عاهر وامراة عاهرة **قوله** وكذلك
المكاتب اي لا يجوز تزوجه بدون اذن مولاه وذلك لان الموجب للحجر وهو الرق فيه قائم الا ان الكتابة
اوجبت فك الحجر في اكسابه لينال بذلك شرف الحرية والنكاح ليس من باب الكسب فبقيت رقبته موقوفة
في حق النكاح كما كانت ولهذا لا يجوز له ان يزوج عبده وجاز له تزويج امته لما فيه اكتساب
المهر والنفقة والولد وكذلك المكاتبة لا يجوز تزويجها نفسها ولا تزويجها عبدها ويجوز تزويجها
امتها لان الرق فيها قائم لا تملك ما لم يكن من باب الكسب وتملك ما كان من باب الكسب ولا يقال على
هذا ينبغي ان يجوز تزويجها نفسها لما فيه من اكتساب المهر والنفقة لان رقبتها مملوكة للمولى فلا
يجوز تصرفها بدون اذنه ولهذا يصح اعتاق المولى بخلاف امة المكاتبة حتى لا يجوز اذا اعتقها
المولى **قوله** لما بينا اشارة الى قوله لانه من باب الاكتساب **قوله** وكذلك المدبر وام

الولد يعني لا يجوز نكاحهما الا باذن مولاهما لان الملك فيهما قائم ولهذا يعتقان اذا قال المولى كل مملوك
لي حر ثم اعلم ان شمس الايمة السرخسي رحمه الله قال في مبسوطه ومبسوطه شرح الكافي للحاكم الشهيد
المروزي رحمه الله وكذلك المدبر وابن ام الولد والمكاتب لا يتزوج واحد من هولا بغير اذن
المولى ثم علل بقوله لان الرق الموجب للحجر فيهم قايم لا يقال فيه نظر لان ابن ام الولد لا رق فيه
ولا ملك لانه لما ثبت النسب بالدعوة وصارت امه ام الولد صار ولدها كسائر الاولاد في الحرية
وكيف يقال هذا بعد ثبوت النسب والاب حينئذ قد ملك جزءه ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق
عليه فبعد العتق لا يبقى فيه ملك ولا رق ولهذا لم يذكر الحاكم في الكافي ابن ام الولد في حكم المدبر
لانا نقول معناه ان المولى زوج ام الولد من غيره فجاءت بولد من زوجها فحكم الولد حكمها

فان قيل ما الجواب عن قياس مالك رحمه الله قلنا
جوابه سهل وهو ان الراي في معارضة النص باطل وايضا القياس مع وجود الفارق فاسد
وقد وجد الفارق بين المقيس والمقيس عليه الا ترى ان النكاح عيب وشغل لملك المولى بالمهر
والنفقة وتصرف في ملك المولى بخلاف الطلاق فانه به تزول هذه الاشيا فملك العبد الطلاق
دون النكاح **قوله** واذا تزوج العبد باذن مولاه فالمهر دين في رقبته يباع فيه وهذه
مسالة القدوري وانما يباع العبد في المهر الا اذا فداه المولى لان المهر دين وجب في رقبة العبد لصدور
السبب وهو التزوج من الاهل وهو العاقل البالغ وقد ظهر ذلك في حق مولاه لاذنه كما يباع في دين
التجارة على اصلنا قياسا على دين الاستهلاك والجامع دفع الضرر عن الناس واما المدبر والمكاتب اذا
تزوجا باذن مولاهما فلا يباعان في المهر بل يسعيان فيه فيؤدي المهر من كسبهما لانه تعذر الاستيفاء
من رقبتهما بسبب التدبير والكتابة لعدم احتمال النقل فيهما من ملك الى ملك لانه لو جاز النقل يلزم
بطلان استحقاق الحرية بعقد الكتابة والتدبير وذلك لا يجوز الا اذا عجز المكاتب عن اداء بدل
الكتابة فحينئذ يكون المهر في رقبته فيباع فيه الا اذا ادى المولى المهر فاستخلص العبد لنفسه
وانما قيد التزوج باذن المولى لان العبد او المدبر او المكاتب اذا تزوج بدون اذن المولى ودخل بها
ثم فرق بينهما المولى فلا مهر عليه حتى يعتق كذا ذكره الحاكم الجليل الشهيد في الكافي وشمس الايمة
السرخسي في شرحه وذاك لانه دين ثبت بسبب لم يظهر في حق المولى فصار كدين اقر به العبد
ولان النكاح في حق المكاتب ليس من باب الكسب فتاخر المال الواجب بسببه الى ما بعد العتق
بخلاف ما اذا جنى المكاتب حيث يثبت موجب ذلك في كسبه في الحال لان الرق لا يوجب الحجر عن
الافعال وهنا فيما نحن فيه انما وجب المهر باعتبار العقد لانه لولا العقد لا يجب المهر بالدخول
قوله واذا تزوج العبد بغير اذن مولاه فقال المولى طلقها او فارقها فليس باجازة وهذه من
خواص مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في
عبد تزوج امراة بغير اذن مولاه فقال له مولاه طلقها لم يكن ذلك اجازة وكذلك لو قال له فارقها
ولو قال له طلقها تطليقة تملك الرجعة كان اجازة وانما لم يكن اجازة في الصورة الاولى لان
قول المولى طلقها يحتمل الاجازة ويحتمل الرد والطلاق في النكاح الفاسد والموقوف ليس بطلاق
بل هو متاركة للنكاح وفسخ له حتى لا ينتقص شيء من عدد الطلاق وذاك لان وقوع الطلاق يختص
بنكاح صحيح الا ان النكاح وان لم يكن صحيحا يكون شبهة تسقط الحد اذا وطي قبل الاجازة الا اذا وطي
بعد المتاركة فحينئذ يلزمه الحد لارتفاع الشبهة ثم لما احتمل قوله طلقها الامرين لم يكن اجازة بالشك
بل حمل على الرد لانه ادنى لان الدفع اسهل من الرفع على انه هو اللايق بحال العبد المتمرد بخلاف

ما اذا طلقها تطليقة تملك الرجعة حيث يكون اجازة لوجود المرجح وهو ان الطلاق الرجعي لا يكون
الا بعد سبق النكاح الصحيح فان قلت ما الفرق بين هذه الصورة
وبين ما اذا قال لعبده تزوج اربعا او قال له كفر يمينك بالمال حيث لا يثبت الحرية لهذا الكلام
وان كان لا يصح تزوج الاربع والتكفير بالمال الا بعد الحرية وهنا يثبت اجازة النكاح لان الرجعة
لا تصح الا بعد النكاح الصحيح قلت الفرق ان الشرائط الاصلية لا يمكن
اثباتها بطريق الاقتضاء كالاهلية والحرية شرط الاهلية والاهلية شرط اصلي للتصرف لا يوجد
بدونها فلاجل هذا لم يثبت الحرية بسبيل الاقتضاء بخلاف النكاح فانه ثابت للعبد باهلية نفسه
لان النكاح من خصائص الادمية ولهذا لو اعتق قبل اجازة المولى نفذ نكاحه الا ان نفاذ النكاح
موقوف على اجازة المولى لا اصله لان في النفاذ بدون الاذن ضررا بالمولى على انا نقول لو ثبت
الحرية يبطل الامر بالتزوج والتكفير لكونه اجنبيا من المولى والمقتضى ثبوته لتصحيح المقتضي لا
لابطاله بخلاف ما نحن فيه فانه على تقدير اجازة النكاح لا يبطل الامر بالطلاق لان المامور عبده
كما كان فان قلت يرد عليكم الملك وهو شرط اصلي للاعتاق ومع
هذا يثبت بطريق الاقتضاء في قوله اعتق عبدك عني بالف اذا قال المامور اعتقت قلت
سلمنا ان كونه مملوكا شرط اصلي للاعتاق ولكن لا نسلم ان كونه مملوكا له شرطا اصليا له بل هو شرط
زائد فجاز ان يثبت بطريق الاقتضاء وهذا لان الشرط الاصلي ما يتوقف عليه ركن التصرف
وهو بالاهلية والمحلية والاهلية ثابتة بالاصل ومحلية الاعتاق تثبت بكون الشيء مملوكا في ذاته
وكونه مملوكا له امر زائد لا يتوقف عليه ثبوت الحكم شرعا وهو العتق عنه فصح اقتضاء فان قلت
قوله طلقها لعبده ليس باجازة وقوله طلقها للفضولي اذا زوج اجازة فما الفرق بينهما قلت
لا نسلم ان قوله طلقها اجازة في نكاح الفضولي ايضا لان الطلاق في النكاح الموقوف ليس باجازة
على ما هو اختيار الصدر الشهيد ونجم الدين النسفي ولئن سلمنا انه اجازة على ما هو اختيار صاحب المحيط
فنقول انما لم يكن قوله طلقها اجازة في نكاح العبد لانه متمرد والحمل على الرد اولى بحاله
بخلاف الفضولي لانه ليس بمتمرد وقول الرجل طلقها خرج استعانة بسبيل التوكيل فحمل على
الاجازة ولان في الحمل على الاجازة يلزم الضرر بالمولى بلزوم المهر بلا استيفاء البضع لان
المستوفي للبضع هو العبد لا المولى بخلاف الحمل على الاجازة في نكاح الفضولي لان المهر
يلزم الرجل بمقابلة استيفاء البضع وليس فيه ضرر خالص **قوله** طلقها هذا تطليقة
تملك الرجعة تملك بصيغة خطاب الواحد يجوز ان يكون جملة حالية وذو الحال الضمير
المستتر في طلقها ويجوز ان يقع صفة لقوله تطليقة على حذف الضمير من خبر الجملة اي تطليقة
تملك بها الرجعة وقوله وهو الابق كالعبد المتمرد والشيطان المريد والمارد الذي قد عتا جنا
ويقال رجل مريد ايضا على وزن فعيل ومتمرد اي عات وفي امثالهم تمرد مارد وعز الابلق
قال ابن دريد كانت الزباء حاصرت اهل هذين الحصنين فلم تقدر عليهما فتمثلت هذا **قوله**
ومن قال لعبده تزوج هذه الامة فتزوجها نكاحا فاسدا ودخل بها فانه يباع في المهر عند ابي
حنيفة رضي الله عنه وقالا لا يؤخذ منه اذا عتق وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة
المفيدة وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل قال لعبده تزوج هذه الامة فتزوجها
نكاحا فاسدا فدخل بها قال عليه المهر يباع رقبته فيه وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا
شيء عليه حتى يعتق ولفظ الاصل واذا اذن له ان يتزوج واحدة فتزوجها نكاحا فاسدا او دخل

بها اخذ بالمهر في حال الرق في قول ابي حنيفة رضي الله عنه وقال ابو يوسف ومحمد لا يؤخذ به حتى يعتق
والاصل في المسئلة ان اذن المولى لعبده في النكاح يشتمل على الجائز والفاسد جميعا عند ابي
حنيفة وعندهما لا ينصرف الا الى الجائز لهما ان المقصود من نكاح العبد هو تحصيل العفة له وذلك
بالجائز الذي يفيد الملك لا بالفاسد ولهذا لو حلف ان لا يتزوج لا يحنث بالفاسد فعلم ان النكاح الفاسد
ليس بنكاح فلا يتناوله اذن المولى بخلاف الاذن في البيع للعبد او للوكيل حيث يتناول الصحيح
والفاسد جميعا لان بعض المقاصد حاصل كملك الاعتاق والهبة ونحو ذلك من التصرفات
ولابي حنيفة ان الحاجة الى اذن المولى لتعلق المهر برقبة العبد لا لاثبات الحل للعبد لان ذلك
حاصل للعبد لكون النكاح من خصائص الادمية فمن حيث تعلق المهر برقبته الفاسد
والجائز سواء الا ترى ان المولى لو زوج بنفسه عبده امرأة بغير شهود ودخل بها يؤخذ بالمهر
في الحال ولان الاذن مطلق فيجري على اطلاقه ولا يتقيد بالصحيح كما في الاذن بالبيع وكما اذا
حلف انه ما تزوج في الماضي وقد كان تزوج نكاحا فاسدا يحنث فعلم ان النكاح الفاسد نكاح
وبعض المقاصد في النكاح الفاسد ايضا حاصل عند الدخول كالنسب والعدة والمهر وما قاسا
عليه من مسئلة التزوج في المستقبل فنقول لا نسلم انه لا يحنث فيه بالفاسد عند ابي حنيفة ولئن سلمنا
انه لا يحنث فنقول الفرق بين المقيس والمقيس عليه ظاهر لان في المقيس عليه تقيد الاذن بالصحيح
بدلالة العرف لان مبنى الايمان على العرف وفي المقيس لم يوجد دليل التقييد فبقي الاذن على اطلاقه
فتناول الجائز والفاسد جميعا وعلى هذا لو وجد نكاح هذه الامة لا ينفذ عند ابي حنيفة لان
الاذن قد انتهى وعندهما ينفذ لان الاذن باق وكذا لو تزوج امرأة اخرى في مسئلة الاصل نكاحا
صحيحا لا ينفذ عنده خلافا لهما **قوله** على هذه الطريقة يعني ان اللفظ مطلق فيجري على اطلاقه
فيحنث بالفاسد ايضا فيما اذا حلف ان لا يتزوج عند ابي حنيفة رضي الله عنه **قوله** ومن
زوج عبدا مأذونا له امرأة جاز والمرأة اسوة للغرماء في مهرها وهذه من خواص الجامع الصغير
وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل اذن لعبده في التجارة فادان دينا ثم زوجه
مولاه قال النكاح جائز والمرأة اسوة الغرماء بمهرها قال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير
معناه اذا كان النكاح بمهر المثل او اقل اعلم ان العبد اذا اذن له مولاه في التجارة فلحقه دين
ثم زوجه امة او اذن له في النكاح فتزوج امرأة يصح النكاح وتكون المرأة اسوة للغرماء بقدر
مهر مثلها تضرب هي في ثمن العبد بمهرها ويضرب الغرماء فيه على قدر ديونهم اما صحة النكاح
فلان تزويج العبد يبتني على ملك الرقبة وهو باق بعد لحاق الديون كما قبله فلما صح النكاح
لزم المهر لان وجوب المهر حكم من احكام النكاح وتبع من توابعه بل من ضروراته شرعا
فوجب فظهر في حق الغرماء فصارت المرأة اسوة لهم كما اذا استهلك العبد مال انسان يكون
صاحب المال اسوة للغرماء والجامع وجوب الدين بسبب لا مرد له وكما اذا تزوج المريض
المديون امرأة بمهر مثلها يكون المرأة اسوة لغرماء الصحة فان قلت
المهر يتعلق بمالية رقبته وفيه اضرار بالغرماء فوجب ان لا يصح قلت
لا نسلم ان المهر يتعلق بالمالية لان النكاح لا تعلق له بالمالية ولهذا يصح نكاح الحر ولا مالية في
رقبته والاخ والعم يزوجان الصغيرة وليس لهما ولاية التصرف في المال وحق الغرماء متعلق
بالمالية فلم يلاق وجوب المهر حقهم فصح ولئن سلمنا ان المهر تعلق بمالية رقبته لكن لما صح النكاح
لما قلنا وجب القول بوجوب المهر حكما له شرعا فلاقى وجوبه حقهم ضمنا لا قصدا فظهر في

حتمهم وذلك لان وجوب المهر بولاية الشرع حيث جعل وجوبه من ضرورات صحة النكاح
وللشرع ولاية عامة شاملة لجميع الناس فافهم وقوله في الجامع الصغير فادان بالتشديد
من باب الافتعال اي اخذه دينا واراد بالاسوة المساواة في طلب الحق **قوله** له
ووجهه اي وجه جواز النكاح **قوله** على ما نذكر اشارة الى ما ذكره الشارح بعد هذه المسئلة
بقوله ولنا ان الانكاح اصلاح ملكه لان فيه تحصينه عن الزنا الذي هو سبب الهلاك **قوله**
والنكاح لا يلاقي حق الغرماء بالابطال مقصودا لان المقصود من النكاح التحصين عن الزنا
والاعفاف ووجوب المهر ضمني وضمنيات الشيء لا تعلل **قوله** وجب الدين اي المهر بسبب لا
مرد له اي بسبب النكاح وانما لم يكن له مرد لانه مبني على بقاء الملك وهو باق **قوله** ومن زوج
امته فليس عليه ان يبوئها بيتا للزوج ولكنها تخدم المولى ويقال للزوج متى ظفرت بها وطئتها
وهذه من مسائل القدوري وقال في الجامع الصغير بواها معه بيتا فلها النفقة والسكنى
والا فلا وتفسير التبوية ما ذكره في شرح كتاب النفقات للخصاف وهو ان يخلي المولى بين الامة
وزوجها ويدفعها اليه ولا يستخدمها اما اذا كانت تذهب وتجيء وتخدم مولاها لا يكون تبوية
لها فيكون النفقة على المولى وانما لم يستحق التبوية على المولى لان ملكه باق في الرقبة والمنافع
فكان مقدما على الزوج فلم يلزم التبوية ويقال للزوج استوف منافع البضع اذا قدرت
لان حقه ثابت فيها وكذلك الحكم فيما اذا زوج مدبرته او ام ولده فاذا وجدت التبوية يلزم
النفقة على الزوج والا فلا لان النفقة جزاء الاحتباس ولم يوجد ولكن هذا في غير المكاتبة
لان المكاتبة لها النفقة والسكنى وان لم يوجد التبوية وبه صرح في شرح كتاب النفقات للخصاف
والفرق بينها وبين الامة والمدبرة وام الولد ان المولى لا يملك استخدام المكاتبة فلا يحتاج الى
تبوية المولى بخلافهن فان للمولى استخدامهن ويقال بوأته منزلا وبوأت له بمعنى اذا اسكنته
اياه **قوله** ابطال له اي للاستخدام معه اي مع الزوج **قوله** ولو بواها بيتا ثم بدا له ان
يستخدمها له ذلك والضمير في له في الموضعين راجع الى المولى وذلك اشارة الى الاستخدام
قال شمس الائمة السرخسي رحمه الله في شرح مختصر الكافي للحاكم الجليل الشهيد واذا زوج
مدبرته او امته او ام ولده وبواها مع الزوج بيتا ثم بدا له ان يردها الى خدمته كان له
ذلك لان خدمتها حق المولى وبالتبوية صار كالمعير لها من زوجها وله ان يستردها متى
شاء وكذلك لو شرط ذلك للزوج كان الشرط باطلا لا يمنعه من ان يستخدم امته لان المستحق
للزوج ملك الحل لا غير لان الشرط لو صح فلا يخلوا من احد الامرين اما ان يكون بطريق
الاجارة او الاعارة فلا يصح الاول لجهالة مدة الاجارة وكذا الثاني لان الاعارة لا يتعلق
بها اللزوم ويسقط النفقة اذا استخدمها بعد التبوية ثم اذا بواها ثانيا عادت النفقة
كالحرة اذا نشزت ثم عادت كذا ذكر في التحفة وغيرها ولا يقال ينبغي ان لا يسقط النفقة
بالاستخدام بعد التبوية كالحرة اذا منعت نفسها لاستيفاء الصداق لان في المقيس عليه
وجد التفويت من قبل الزوج فكان امتناعها بحق فلم يسقط نفقتها وفيما نحن فيه لم يوجد
التفويت منه والنفقة جزاء الاحتباس ولم يوجد فسقطت النفقة **قوله** قال
رضي الله عنه ذكر تزويج المولى عبده وامته ولم يذكر رضاهما وهذا يرجع الى مذهبنا
اي قال صاحب الهداية ذكر محمد رحمه الله في الجامع الصغير تزويج المولى عبده وامته
ولم يذكر رضاهما يعني لم يقل ان رضاهما شرط لصحة النكاح ام لا وهذا الذي قاله من

تزوج

تزويج المولى بلا رضاهما راجع الى مذهبنا قال في شرح الطحاوي للمولى ان يزوج امته على
كره منها صغيرة كانت او كبيرة بالاجماع واما في العبد اذا كان صغيرا فكذلك وان كان
كبيرا فكذلك عندنا في ظاهر الرواية وروي عن ابي يوسف انه قال لا يجوز الا برضا
العبد وهو قول الشافعي وقال في الايضاح وللمولى ان يجبر عبده على النكاح وروي عن
ابي حنيفة انه لا يجبر وهو قول الشافعي والمراد بالاجبار انه لو باشر النكاح بغير رضا
رضاهما ينفذ وجه قوله ان ما بيننا وله النكاح من العبد غير مملوك للمولى فصار له
كالاجنبي بخلاف الامة فان منافع بضعها مملوكة للمولى فيملك تزويجها بلا رضاها الا
ترى ان المولى لا يملك على العبد الاقرار بالقصاص ولا يطلق امرأته لان محل التصرف
ليس بمملوك له فكذا هنا ولان مقصود النكاح لا يحصل اذا كان بغير رضا العبد
لان الطلاق بيده يطلقها متى شاء فلا يحصل التحصين ولنا ان المولى انما يملك تزويج
امته بغير رضاها لان رقبتها مملوكة للمولى لا لكون منافع بضعها مملوكة له ولهذا
لا يملك المولى تزويج الصغيرة مع ان منافع بضعها للبنت مملوكة والزوج يملك منافع بضع
المرأة ومع هذا لا يملك تزويجها من غيره فعلم ان التعليل بملك منافع البضع في تزويج الامة
فاسد فلما ثبت ان تزويج الامة بدون رضاها لملك الرقبة ثبت تزويج العبد ايضا لهذا المعنى
ولان في تزويج العبد تحصينه عن الزنا كما ان تزويج الامة كذلك فيملك تزويجه بلا رضاه كما يملك
تزويجها بلا رضاها بيانه ان الزنا يوجب الحد فربما يفضي الحد مهلكا او جارحا ففي الاول هلاك
المال وفي الثاني نقصانه وللمولى اصلاح ملكه عن الهلاك او النقصان وفي التزويج اصلاح
ذلك فيملك بلا رضا العبد والامة وقياس الشافعي على الاقرار بالقصاص وايقاع الطلاق
على زوجة عبده ليس بصحيح لان ما لا يملكه المولى على عبده يستبد به العبد كالمقيس عليه
والعبد لا يستبد بالنكاح بدون رضا المولى فعلم ان تزويجه مملوك المولى وقوله مقصود النكاح
لا يحصل بغير رضا العبد لان الطلاق بيده قلنا نعم ان الطلاق بيده لكن لا نسلم ان العبد
يطلق امرأته متى شاء لان حشمة المولى تمنعه من ايقاع الطلاق وانما اشترط رضا المكاتب
والمكاتبة في تزويجهما لانهما كالاحرار في التصرف ولهذا لا يملك المولى استخدامها قال في شرح
الطحاوي ولو زوج امته من عبده فانه يجوز وان كان بكره منهما ولا يجب المهر لانه لو وجب
وجب له على نفسه ولا يجوز ان يجب له على نفسه وقال بعضهم يجب ثم يسقط ولو اعتقهما
جميعا فالعبد لا خيار له والامة لها الخيار وقال في الفتاوى الولوالجي وليس للاب والوصي
والشريك والماذون والمضارب ان يزوجوا العبد لان تزويجه ينقص المالية ويشغلها بالمهر
والنفقة فلا يكون اكتسابا للمال واما الامة يصح تزويجها من الاب والوصي والجد والمكاتب
والمفاوض والقاضي لانه اكتساب المال بازاء ما ليس بمال فيكون من باب النفع اما شريك العنان
والمضارب والماذون لا يملكون تزويج الامة عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يملكون
كالمفاوض لهما ان هذا اكتساب المال بما ليس بمال فلا يدخل تحت الاذن بالتجارة وانما ذكرنا
هذه المسائل تكثيرا للفوائد وتتميما للعوائد **قوله** فلك تمليكها اي ملك المولى تمليك منافع
بضع الامة **قوله** لان فيه تحصينه اي لان في الانكاح تحصين العبد عن الزنا الذي هو سبب
الهلاك او النقصان وقد بيناه آنفا **قوله** لانهما التحقا بالاحرار تصرفا اي لان المكاتب
والمكاتبة التحقا بالاحرار من حيث الكسب **قوله** ومن زوج امته ثم قتلها قبل ان يدخل بها

زوجها فلا مهر لها عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا عليه المهر لمولاها وهذه معادة من
مسايل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل زوج امته
ثم قتلها قبل ان يدخل بها زوجها قال لا مهر لها عليه ولا له وقال ابو يوسف ومحمد عليه المهر
لمولاها وقوله لا مهر لها قبل هو مؤكد لا حكم له لان المهر لو وجب له لا لها فلا حاجة الى نفي
المهر لها ويحتمل ان لا يجب لقضاء دينها ايضا لان ذلك حق المولى يصرف الى دينها بعد ثبوته
رقبتها فاذا بطل في حقه لم يجب لها كذا قال فخر الاسلام البزدوي رحمه الله وقوله في
الكتاب ولا له اي لا مهر للمولى على الزوج اعلم ان المولى اذا قتل امته قبل دخول الزوج فان
كان قبض الصداق يرده على الزوج وان كان لم يقبضه يسقط عن ذمة الزوج وعندهما لا
يسقط شي منه اما اذا قتلها اجنبي فلا يسقط بالاتفاق وكذا لا يسقط اذا قتلها المولى بعد
دخول الزوج بالاتفاق واذا غيبها المولى بمكان لا يقدر عليها الزوج لا يطالبه بالمهر بالاتفاق
واما ارتدت الامة او الحرة قبل الدخول يسقط المهر بالاتفاق والحرة اذا قتلت نفسها قبل
الدخول لا يسقط بالاتفاق والامة اذا قتلت نفسها فيه روايتان عن ابي حنيفة في احداهما
لا يسقط كالحرة اذا قتلت نفسها لان المهر لمولاها ولم يوجد منه منع المبدل وفي رواية
يسقط كما لو ارتدت قبل الدخول وجه قولهما ان المقتول ميت باجله لا اجل له سوى هذا
على مذهب اهل السنة والجماعة فلو ماتت حتف انفها لا يسقط المهر بل يتقرر بوجوده
المؤكد وهو الموت فكذا هنا كالحرة اذا قتلت نفسها وكما اذا قتلها غير مولاها ووجه قول
ابي حنيفة رضي الله عنه ان من له البدل منع المبدل قبل التسليم فيجازى بمنع البدل كما لو
غيبها بمكان لا يقدر عليها وكما اذا ارتدت الحرة قبل الدخول وكما اذا اتلف العبد المبيع قبل
التسليم يسقط جميع الثمن وذلك لان القتل وان كان موتا باجل لكنه جعل في حق احكام
الدنيا كانه غير الموت بدليل وجوب القصاص في العمد والكفارة والدية في الخطا وانما
لا يجب القصاص على المولى لاستحالة ان يجب له لكن عليه الاثم ولهذا لو ذبح شاة انسان يضمن بخلاف
ما اذا ماتت حتف انفها لان منع المبدل لم يوجد وبخلاف ما اذا قتلت الحرة نفسها لان المهر
بعد قتلها نفسها للورثة ولم يوجد منهم منع المبدل وفيه خلاف زفر والشافعي ومما يقاس
على ردة الحرة قبل الدخول قولنا ان قتلها نفسها هدر في احكام الدنيا وانما تؤاخذ به في الاخرة
بخلاف ردتها فانها معتبرة في احكام الدنيا فسقط المهر بالردة دون القتل فصار قتلها نفسها
كموتها **قوله** حتف انفها والحتف الموت وجمعه حتوف ليس له فعل يتصرف وانما
يضاف الحتف الى الانف اذا مات الشخص بلا سبب ويقال مات حتف انفه لان الروح
تخرج من الانف **قوله** وهذا اشارة الى اعتبار قتل المولى امته بموتها حتف انفها فصار
اي قتل المولى وله اي لابي حنيفة فيجازى اي المولى **قوله** كما ارتدت الحرة اي قبل
الدخول والحكم في ارتداد الامة قبل الدخول كذلك وقد بيناه **قوله** والقتل في
حق احكام الدنيا جعل اتلافا جواب عن قولهما ان المقتول ميت باجله **قوله** فكذا في
حق المهر يعني كما ان القتل جعل اتلافا في حق القصاص والدية فكذا جعل اتلافا في
حق المهر وجعل كانه غير الموت **قوله** والجامع ما بيناه اي الجامع بين المقيس وهو
قتل الحرة نفسها وبين المقيس عليه وهو ردة الحرة قبل الدخول وقتل المولى امته ما
بيناه وهو ان من له الحق منع المبدل فيجازى بمنع البدل وقياس زفر قتل المولى امته

انما يصح على اصل ابي حنيفة لان ابا يوسف ومحمدا لا يقولان بسقوط المهر في قتل المولى امته
قوله بخلاف قتل المولى جواب عن قوله ويقتل المولى امته **قوله** واذا تزوج امة
فالاذن في العزل الى المولى وقال ابو يوسف ومحمد ان الاذن اليها وفي بعض نسخ الهداية
وعن ابي يوسف ومحمد ان الاذن اليها اي الى الامة المنكوحة وهي اصح لان هذه المسئلة
من مسايل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل زوج
امته فاراد ان يعزل عنها قال الاذن في العزل الى المولى ولم يذكر الخلاف فدل ان ظاهر
الرواية عنهما كما قال ابو حنيفة رضي الله عنه ولهذا قال فخر الاسلام البزدوي في شرح
الجامع الصغير وعن ابي يوسف ومحمد ان العزل اليها ويدل قول صاحب الهداية ايضا بعد
هذا على ما قلنا لانه قال في بيان دليل ابي حنيفة وجه ظاهر الرواية الا ان الصدر
الشهيد والزاهد العتابي اثبتا في شرحي الجامع الصغير لهما كما في النسخة الاولى ونقل فخر
الاسلام اثبت وهذه المسئلة مبنية على جواز العزل عند عامة العلما خلافا لبعض الناس
وقال الترمذي في جامعه وقد كره العزل قوم من اهل العلم من اصحاب النبي عليه السلام
وغيرهم والدليل على الجواز ما روى البخاري في الصحيح باسناده الى عطا عن جابر رضي الله عنه
قال كنا نعزل على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم والقران ينزل واخرجه مسلم ايضا وروى
صاحب السنن مسندا الى رفاعة عن ابي سعيد الخدري رضي الله عنه ان رجلا قال يا رسول الله
ان لي جارية وانا اعزل عنها وانا اكره ان تحمل وانا اريد ما يريد الرجال وان اليهود تحدث ان
العزل الموؤدة الصغرى قال كذبت يهود لو اراد الله ان يخلقه ما استطعت ان تصرفه وفي السنن
ايضا مسندا الى جابر رضي الله عنه قال جا رجل من الانصار الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال
ان لي جارية اطوف عليها وانا اكره ان تحمل فقال اعزل عنها ان شئت فانه سياتيها ما قدر لها قال
فلبث الرجل ثم اتاه فقال ان الجارية قد حملت قال قد اخبرتك انه سياتيها ما قدر لها واخرجه مسلم
وجه ما روي عن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ان الاذن اليها لان قضا الشهوة حقها لا حق مولاها
ولهذا كان لها مطالبة الزوج بالوطي فصارت كالحرة بخلاف الامة المملوكة حيث لا يشترط
رضاها في العزل لانه لا مطالبة لها بالوطي ووجه الظاهر ان العزل انما يكره لمكان الولد والولد
حق المولى لا حق الامة لان ولدها مملوك لمولاها فيشترط رضا المولى لا رضاها بخلاف الحرة
فان لها حقا في الولد فيشترط رضاها فلما كان للحرة حق في الولد ولم يكن ذلك للامة المنكوحة بطل
قياس الامة المنكوحة على الحرة وهو معنى قوله ولهذا فارقت الحرة والمراد بالعزل ان يطاها
ويعزل شهوته عنها كيلا يتولد الولد **قوله** تنقيص حقها اي قضا الشهوة قالوا مطالبة
الوطي لها من الزوج قضا مرة واحدة اما ديانة ففي كل مرة **قوله** ولهذا فارقت الحرة
اي بتعليلنا ان العزل يخل بمقصود الولد وهو حق المولى فارقت الامة المنكوحة الحرة
لان لها حقا في الولد دون الامة فلما وجد الفارق بطل القياس وقد بيناه **قوله**
فان تزوجت باذن مولاها ثم اعتقت فلها الخيار حرا كان زوجها او عبدا وهذه مسئلة
القدوري اعلم ان الامة اذا اعتقت ولها زوج زوجها المولى منه او تزوجته باذن المولى كان
لها الخيار سوا كان زوجها حال الاعتاق حرا او عبدا ان شاءت اقامت معه وان شاءت اختارت
نفسها ففارقته ولا مهر لها ان لم يدخل بها الزوج لان اختيارها نفسها فسخ من الاصل وان كان
دخل بها فالمهر واجب لسيدها لان الدخول بحكم نكاح صحيح فتقرر به المسمى وان اختارت زوجها

فالمهر لسيدها دخل الزوج بها اولم يدخل لان المهر واجب بمقابلة ما ملك الزوج من البضع وقد ملك
على المولى فيكون بدله للمولى وقال الشافعي اذا اعتقت الامة وزوجها حر فلا خيار لها وقال
الحاكم الشهيد في كافيه قال ابن ابي ليلى اذا كان زوجها حرا فلا خيار لها وجه قول الشافعي ما روي
في السنن باسناده الى عبد الرحمن بن القسم عن ابيه عن عائشة رضي الله عنها ان بريرة خيرها
رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان زوجها عبدا وروى صاحب السنن ايضا باسناده الى
عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما ان زوج بريرة كان عبدا اسود يسمى مغيثا فخيرها يعني
النبي صلى الله عليه وسلم وامرها ان تعتد ولنا ما روي ايضا في السنن مسندا الى ابراهيم عن
الاسود عن عائشة ان زوج بريرة كان حرا حين اعتقت وانها خيرت فقالت ما احب ان اكون
معه وان لي كذا وكذا ثم وجه الترجيح لمذهبنا ان زوجها كان عبدا في الاصل ولا خلاف
فيه وانما اختلفت الروايات في انه هل كان حرا عند اعتاق بريرة ام لا وحينئذ الحرية اثبات
للحرية العارضة وخبر من قال انه كان عبدا نفي كذلك فكان خبر الاثبات اولى من خبر النفي
لان خبر الاثبات خبر عن دليل وخبر النفي خبر لا عن دليل لانه من الجائز ان يكون زوج بريرة
حرا حال اعتاقها ولم يعلم النافي ذلك بل بنى الامر على استصحاب الحال والاصل في الدلائل
الاعمال لا الاهمال فعلى ما ذهب اليه الخصم يكون احدى الروايتين متروكة وفيما قلنا عمل بهما
توفيقا بينهما وكان ما ذهبنا اليه اولى ولانه قد صح عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لبريرة
ملكت بضعك فاختاري رواه الشيخ ابو بكر الرازي رحمه الله باسناده الى النبي صلى الله عليه
وسلم جعل علة ثبوت الخيار ملك البضع اي اختاري نفسك لانك ملكت بضعك كقولهم سها فسجد
والعلة موجودة فيما اذا كان زوجها حرا فيكون لها الخيار كما اذا كان زوجها عبدا وحدث
الشيخ ابو محمد عبد الله بن محمد بن يعقوب الحارثي السبذموني في كتاب مناقب ابي حنيفة
الذي جمعه عن العباس بن عزيز القطان نا محمد بن المهاجر نا علي بن يزيد عن ابي حنيفة عن
حماد عن ابراهيم عن الاسود عن عائشة انها اعتقت بريرة ولها زوج مولى لال ابي احمد
فخيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم فاختارت نفسها ففرق بينهما وكان زوجها حرا والفقه فيه
ان الملك يزداد عليها بعتقها فكان لها ان تمتنع لذلك دفعا للضرر ازدياد الملك وذلك لان حل الحرة
اوسع من حل الامة فان قبل العتق كان يملك الزوج عليها تطليقتين ويملك مراجعتها في قرئين
وكانت عدتها حيضتين فازداد كل ذلك بالعتق فاثبت الشرع لها الخيار ليرتفع اصل العقد
لانها لا تتمكن من دفع هذا الضرر الا برفع العقد ولانها بعد العتق يمنعها زوجها عن
الخروج والبروز وذلك ازدياد الملك ايضا ولانها ملكت نفسها بعد تمام العقد عليها فيكون لها
الخيار كما لو كان زوجها عبدا فان قيل يبطل تعليلكم بما اذا
تزوجت بلا اذن المولى ثم اعتقت حيث لا يكون لها الخيار قلنا
لا نسلم ان تلك المسئلة ترد نقضا علينا لانها لم تملك نفسها بعد تمام العقد وكلامنا فيما تم
العقد وحصل بعد الحرية برضاها فلم يثبت لها الخيار فان قيل المعنى في
المقيس عليه عدم الكفاءة فكان لها الخيار ولم يوجد ذلك المعنى في المقيس لان الحر كفؤ للحرة فلم
يكن لها الخيار كما اذا اسلمت الذمية وهي تحت مسلم قلنا لا نسلم ان المعنى هو
عدم الكفاءة في الاصل وانما الكفاءة تعتبر في ابتداء النكاح لا في بقائه ولهذا اذا ايسرت الفقيرة
وهي تحت فقير لا يكون لها الخيار فعلم ان المعنى ما قلنا قوله فالمعقول ملك البضع صدر

مطلقا

مطلقا يعني ان النبي صلى الله عليه وسلم جعل علة ثبوت الخيار ملك البضع ولم يفصل بين ما اذا
كان زوجها حرا او عبدا قوله فينتظم الفصلين اي ينتظم التعليل ما اذا كان زوجها
حرا او عبدا قوله وهو محجوج به اي الشافعي محجوج باطلاق قوله عليه السلام ملكت بضعك
فاختاري قوله بعده اي بعد العتق وبريرة براءين مهملتين على وزن كريمة وكان اسم زوجها
مغيثا وكان عبدا لال ابي احمد كذا قال صاحب السنن وقال الشيخ ابو جعفر الطحاوي في شرح الاثار
كان مغيث عبدا لال المغيرة من بني مخزوم قوله وكذا المكاتبة يعني اذا تزوجت باذن
مولاها ثم عتقت وانما قال صاحب الهداية يعني على وجه التفسير لان قوله وكذلك المكاتبة
لفظ القدوري اعلم ان المكاتبة اذا تزوجت باذن المولى ثم عتقت كان لها الخيار وقال زفر
لا خيار لها وجه قوله ان هذا نكاح برضاها فلا معنى لاثبات الخيار بعد ذلك وهذا لان نكاح
المكاتبة لا يصح بدون رضاها فلما صح برضاها فلا معنى لاثبات الخيار بعد ذلك وهذا لان
نكاح المكاتبة لا يصح بدون رضاها فلما صح برضاها لم يكن لها خيار بعد العتق فصارت كالحرة
وهذا لانها يسلم لها بدل بضعها بخلاف الامة فانه لا يعتبر رضاها اصلا في نكاحها لان للمولى اجبارها
ولا يسلم لها بدل بضعها لان مهرها لمولاها ولنا ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم خير بريرة
حين اعتقت وكانت مكاتبة كذا قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير والصدر
الشهيد في شرح الجامع الصغير وكذا قال صدر الاسلام البزدوي في مبسوطه وهو اخو فخر
الاسلام وقال الامام العتابي في شرح الجامع الصغير كانت بريرة مكاتبة عائشة رضي الله عنها
وحدث مالك في الموطا عن هشام ابن عروة عن ابيه عن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم انها
قالت جاءت بريرة فقالت اني كاتبت اهلي على تسع اواق في كل عام اوقية فاعينيني فقالت عائشة
ان احب اهلك ان اعدها لهم عددتها ويكون ولاؤك لي فعلت فذهبت بريرة الى اهلها فقالت لهم
ذلك فابوا عليها فجاءت من عند اهلها ورسول الله عليه السلام جالس فقالت لعائشة اني
قد عرضت عليهم ذلك فابوا علي الا ان يكون الولاء لهم فسمع ذلك رسول الله عليه السلام
فسالها فاخبرته عائشة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم خذيها واشترطي لهم الولاء فانما الولاء
لمن اعتق ففعلت عائشة ثم قام رسول الله صلى الله عليه وسلم في الناس فحمد الله واثنى عليه ثم
قال ما بال رجال يشترطون شروطا ليست في كتاب الله ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو
باطل وان كان مائة شرط قضاء الله احق وشرط الله اوثق وانما الولاء لمن اعتق فاقول لا يخلوا
من احد الامرين اما ان كانت بريرة قبل الاعتاق مكاتبة او امة قنة فان كانت مكاتبة فاثبات
الخيار لها حجة لنا على زفر لان الراي في معارضة النص فاسد وان كانت امة قنة فنقول
النص الوارد في بريرة معلول بزيادة الملك وازدياد الملك بعد العتق حاصل في المكاتبة
فيكون لها الخيار دفعا للضرر عن نفسها وهذا لان عدة المكاتبة قرآن وطلاقها ثنتان فازداد
كل ذلك بالعتق كما في الامة اذا اعتقت وملك المكاتبة بدل بضعها لا باعتبار عقد النكاح بل
باعتبار عقد الكتابة لانها صارت احق باكسابها وبدل البضع من جملة الكسب فلم يدل على
سقوط الخيار كما اذا وهب المولى مهر الامة لها ثم عتقت يكون لها الخيار لان سلامة بدل
البضع لم تكن بعقد النكاح فلم تؤثر في سقوط الخيار قوله ولنا ان العلة ازدياد الملك
اي علة اثبات الخيار للامة بعد العتق والضمير في وجدناها راجع الى العلة وفي لان عدتها
راجع الى المكاتبة قوله واذا تزوجت امة بغير اذن مولاها ثم اعتقت صح النكاح

وهذه من مسايل القدوري ايضا وفيه خلاف قال في المبسوط وعن زفر انه قال يبطل النكاح وجه
قوله ان النكاح كان موقوفا على اجازة المولى وقد سقط حقه بالعتق فلا ينفذ باجازة غيره
ولنا ان العقد لم يتوقف على اذن المولى لان النكاح من خصايص الادمية والرقيق فيه مبقي
على اصل الحرية فانعقد النكاح لصدوره من اهله مضافا الى المحل الا ان النفاذ توقف
على اذن المولى لقيام حقه فبعد العتق سقط حقه فتم نفاذ النكاح بعد الحرية من جهتها
ولهذا لم يكن لها الخيار لان خيار العتق انما يكون بازدياد الملك عليها بالعتق ولا يتصور ازدياد
الملك هنا لان نفاذ العقد ابتدا بعد العتق ولهذا كان المهر لها ان لم يكن دخل بها قبل العتق
وهذا بخلاف ما اذا اذن لها المولى في النكاح فتزوجت فان ذلك العقد لا ينفذ ما لم تجز لان
بالاذن لم يسقط حق المولى ولهذا كان له ان يمنعها من التزوج بعد ما اذن فلا بد من اجازة
المولى او اجازة من قام مقامه اما اذا لم يعتقها المولى لكنه مات فورثها من لا يحل له وطيها
او باعها منه او وهبها ممن لا يحل له وطيها بان كانت ثبتت بين الجارية وبين الوارث او المشتري
او الموهوب له محرمية بالرضاع او المصاهرة او كانت ورثها امراة او اشترتها امراة فعندنا
ينفذ النكاح اذا اجاز المالك الثاني وعند زفر يبطل لان العقد كان متوقفا على اجازة الاول فلا
ينفذ باجازة غيره ولنا ان النكاح انما توقف على اجازة الاول لتعلق حقه برقبتها والمالك الثاني مثل
الاول في هذا المعنى فبقي العقد متوقفا على اجازة الثاني لعدم المنافي بخلاف ما اذا كان المالك
الثاني من يحل له وطيها حيث ينفسخ النكاح لوجود المنافي وهو طريان الحل البات على الحل الموقوف
اما العبد اذا تزوج بدون اذن المولى فللمالك الثاني ان يجيزه لانه لا يملك بضعه وعند زفر
لا ينفذ باجازة الثاني وهذه التفريعات لم يذكرها صاحب الهداية وانما ذكرناها تكثيرا للفوايد
لمن يطلب الزوايد **قوله** فان كانت تزوجت بغير اذنه على الف ومهر مثلها مائة فدخل بها
زوجها ثم اعتقها مولاها فالمهر للمولى وهذه من مسايل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد
عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في امة تزوجت رجلا بغير امر سيدها على الف درهم
ومهر مثلها مائة درهم فدخل بها زوجها ثم اعتقها سيدها قال النكاح جايز ولا خيار لها والمهر
لمولاها فان كان دخل بها بعد ما اعتقها سيدها فلا خيار لها والمهر لها وفي نفاذ النكاح خلاف
زفر كما في المسئلة المتقدمة فعندنا ينفذ لزوال المانع وهو حق المولى ولا خيار لها سواء
كان الاعتاق بعد الدخول او قبله لان نفاذ النكاح حصل بعد الحرية برضاها اما المهر
فانه للمولى اذا كان الاعتاق بعد الدخول لانه استوفى منافع مملوكة للمولى واذا كان الاعتاق
قبل الدخول فالمهر لها انه استوفى منافع مملوكة لها قال اصحابنا رحمهم الله كان القياس ان يجب
لها مهران اذا وطيها قبل العتق مهر بالدخول في النكاح الموقوف وهو مهر المثل ومهر اخر وهو
المسمى بجواز العقد الا انا استحسنا فاوجبنا مهرا واحدا وهو المسمى لان نفاذ العقد استند الى
اصل العقد فصار كان نفاذ العقد كان ثابتا وقت العقد فقلنا بصحة التسمية وصحتها تمنع
مهر المثل فوجب المسمى وهو للمولى لان الاستناد يظهر اثره في القايم لا في الغايب وقد فاتت
منافع البضع وكانت حين فاتت مملوكة للمولى فكان بدلها للمولى ايضا قال في شرح الطحاوي هذا
اذا كانت الامة كبيرة فاذا كانت صغيرة فاعتقها يبطل النكاح عند زفر وعندنا يتوقف
على اجازة المولى ان لم يكن لها عصبة سواه فاذا اجاز المولى جاز فاذا ادركت بعد ذلك فلها
خيار الادراك لان العقد نفذ عليها في حالة الصغر وهي حرة الا اذا كان المجيز للعقد اباها

اوجدها فحينئذ لا خيار لها **قوله** والمراد بالمهر الالف المسمى اي المراد بالمهر المذكور في
قوله فالمهر للمولى وفي قوله فالمهر لها هو الالف المسمى لا مهر المثل وهو المائة **قوله**
فلا يوجب الا المهر واحدا اي لا يوجب العقد المتحد الا مهرا واحدا لانه لا يجوز ان يلزم
في العقد الواحد مهران **قوله** ومن وطي امة ابنه فولدت منه فهي ام ولده وعليه
قيمتها ولا مهر عليه ومعنى المسئلة ان يدعيه الاب اي ثبوت النسب وامومية الولد انما يكون
اذا ادعى الاب الولد وانما فسر المسئلة بقوله معنى المسئلة لانها من مسايل الجامع الصغير ولم
يذكر فيه الدعوة بل قال محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل وطي جارية ابنه فولدت
منه قال هي ام ولده وعليه قيمتها ولا مهر عليه وانما ذكر القدوري الدعوة في باب الاستيلاد
فقال واذا وطي الاب جارية ابنه فجاءت بولد فادعاه ثبت نسبه وصارت ام ولد له وعليه
قيمتها وليس عليه عقرها ولا قيمة ولدها والاصل هنا ما روي صاحب السنن باسناده الى
عايشة رضي الله عنها قالت قال رسول الله عليه السلام ان من اطيب ما اكل الرجل من كسبه وولده من
كسبه واخرجه الترمذي والنساي وابن ماجة وقال الترمذي حسن وفي السنن ايضا مسندا الى
عايشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ولد الرجل من كسبه من اطيب كسبه فكلوا
من اموالهم واخرجه النساي وابن ماجة وفيه ايضا مسندا الى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده
ان رجلا اتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله ان لي مالا وولدا وان والدي يحتاج مالي
قال انت ومالك لابيك لوالدك ان اولادكم من اطيب كسبكم فكلوا من كسب اولادكم واخرجه
ابن ماجة ثم لما كان للاب اخذ مال الابن بلا رضاه بمقدار النفقة والكسوة لحاجته اليه
ذلك بموجب الحديث كان له ولاية نقل جارية الابن الى ملك نفسه بالتملك قبل الاستيلاد
لحاجته الى صيانة مايه الا ان حاجته الى الطعام والكسوة كاملة ضرورية لعسر الاب وفقره
فملك ذلك بلا قيمة وحاجة الاب الى جارية الابن غير ضرورية بل هي اتفاقية وهي دون الحاجة
الى الطعام لان تلك حاجة الى ابقا النفس وهذه حاجة الى ابقا النسل ولهذا لا يجبر الابن على
ان يعطي جاريته اباه ليستولدها فلم يملكها لحاجته وهي غير ضرورية بغرم قيمتها وسوا في
ذلك اعسار الاب ويساره لانه ضمان نقل فلم يختلف بذلك كالبيع وانما لم يلزم العقر لان الملك
لما ثبت في الجارية للاب قبيل الاستيلاد شرطا لصحته بسبيل الاقتضا حتى لا يلزم ان يكون الاب
زانيا صادف الوطي ملك نفسه فلا يلزمه العقر ولان ضمان العقر ضمان الجزو قد ضمن
الاب جميع القيمة فلما كان كذلك دخل الاقل في الاكثر كمن قطع يد رجل فمات بخلاف ما اذا
ادعى احد الشريكين ولد الجارية حيث يلزمه نصف قيمتها ونصف عقرها لان كل واحد
منهما ضمان جزو وليس ثمة ضمان كل حتى يدخل الاقل في الاكثر وعند زفر وهو احد قولي الشافعي
يجب العقر لعدم المنافاة بين وجوب القيمة ووجوب العقر كما في الجارية المشتركة وجوابها
مر انفا وقد روي ان اخر ما استقر عليه قول ابي يوسف ان الاستيلاد لا يثبت وهو احد قولي
الشافعي لان له حقا في مال ولده وذلك يكفي لاثبات النسب وجوابه انه لا حق للاب في مال
الابن لان الابن يملكه من كل وجه والملك عبارة عن المطلق الحاجز فيمنع حقه حق غيره ولهذا
يجوز للابن وطي جاريته واعتاقها فلو كان للاب فيها حق لم يجز ذلك كالمولى لا يملك وطي جارية
المكاتب لان للمكاتب حقا فيها الا ان للاب حق التملك في جارية الابن فملكها بالاستيلاد دفعا
لحاجته بالقيمة لما قلنا وفسر الامام العتابي العقر بمهر المثل وقال في خلاصة الفتاوى ومهر

مثل الامة على قدر الرغبة فيها وعن الاوزاعي ثلث قيمتها وانما لم يلزمه قيمة الولد لانه لما ملك
الجارية بالاستيلاد صار الولد حادثا على ملكه فصار حرا لاصل **قوله** وعليه قيمتها ولا مهر عليه
والضمير في عليه في الموضعين راجع الى من عبيه وهو عبارة عن الاب وفي قيمتها راجع الى الامة
وفي ان يدعيه راجع الى الولد **قوله** دونها اي دون الحاجة **قوله** شرطا له اي لانه
للاستيلاد يجي لصحة الاستيلاد وهو حال من الضمير المستتر في يثبت اي يثبت الملك قبل الاستيلاد
شرطا له بسبيل الاقتضا وقد مر بيانه ولا يشترط ان يكون الحال مشتقا بل يصح كل ما دل على
هيئة ان يقع حالا كقولهم جا البر قفيزين وقد عرف في موضعه **قوله** حتى يجوز له التزوج
التزوج بها برفع فعل المضارع كقولهم مرض حتى لا يرجونه وهو نتيجة لعدم ثبوت حقيقة
الملك وحق الملك في جارية الابن للاب يعني جاز للاب التزوج بجارية الابن فلو كان له فيها حق
لم يجز وهذا يجوز ان يستدل به على ابي يوسف حيث قال ان له حقا في مال ولده والا فلما امتنع
ان يمنع من جهة الشافعي ويقول لا يجوز التزوج ايضا وجوابه يجي عقيب هذه المسئلة
قوله من تقديمه اي تقديم الملك **قوله** كما في الجارية المشتركة مر بيانه **قوله**
والمسئلة معروفة اي في شروح الجامع الصغير وغيرها **قوله** ولو كان زوجها اباه فولدت
لم تصر ام ولد له ولا قيمة عليه وعليه المهر وولدها حر اي لو كان زوج الابن جاريته اباه والضمير
في عليه في الموضعين راجع الى الاب اي لا قيمة على الاب في الجارية ولا في ولدها ايضا وبه صرح
في الجامع الصغير اعلم ان الاب اذا تزوج جارية ابنه يجوز عندنا وقال الشافعي لا يجوز
لان له حق الملك في جارية الابن ولهذا لو وطيها مع العلم بالحرمة لا يلزمه الحد فصار كامة
المكاتب بل اولى لان حق الملك في مال الولد اظهر ولهذا يصح من الاب الاستيلاد جارية
الابن ولا يصح من المولى استيلاد امة المكاتب ولنا ان جارية الابن لا ملك للاب فيها ولا حق
الملك لان الابن ملكها من كل وجه بدلالة حل الوطي ونفاذ الاعتاق فمن المحال ان يملكها الاب
من وجه لان الجمع بين الملكين لشخصين في محل واحد في زمان واحد ممتنع ولو كان للاب
فيها حق ملك لم يحل للابن وطيها كالمكاتب لا يحل له وطي امته لان لمولاه فيها حق الملك فلما لم يكن
للاب فيها حق ملك جاز تزوجها للاب كجارية الاجنبي لانها داخلة تحت قوله تعالى واحل لكم
ما وراء ذلكم وذاك لانها ليست من المحرمات اما سقوط الحد فليس لقيام حق الملك للاب
بل لقيام الشبهة الناشية من ظاهر الاضافة في قوله عليه السلام انت ومالك لابيك
وروي انت ومالك لابيك بيانه انه وان لم يكن معمولا في اثبات الملك وحق الملك تحقيقا
لحرية الابن صار شبهة في اسقاط الحد كالبيع بشرط الخيار للبايع وانه لا يوجب الملك
ولا حق الملك للمشتري ومع هذا يسقط الحد عن المشتري للشبهة بخلاف جارية المكاتب حيث
لم يجز تزوجها للمولى لان المكاتب مملوك له وله في مكاسبه حق الملك فلما صح التزوج حصل به
صيانة الماء ووقع الاستغناء عن تملك الجارية فلم تصر به ام ولد له عندنا وقال زفر تصير ام
ولد له وجه قوله انه لو وطيها الاب بغير نكاح تصير ام ولد له فاولى ان تصير ام ولد اذا وطيها
بنكاح او شبهة نكاح ولنا انها انما تصير ام ولد له اذا وطيها بغير نكاح كيلا يضيع ماؤه بيانه ان
الاب لا ملك له في جارية الابن ولا حق الملك لما قلنا فيثبت التملك سابقا على الاستيلاد كيلا
يضيع ماؤه لان اثبات النسب ليس بممكن بدون التملك فاذا وطيها وقد تملكها سابقا صادف
الوطي ملكه فصارت ام ولد له واثبات النسب حاصل بنكاح او شبهة نكاح فلا حاجة الى تملك

الجارية فلهذا لم تصر ام ولد له ولا قيمة على الاب في الجارية لعدم التملك ولا في الولد لانه
حر حيث ملكه اخوه بالقرابة وعليه المهر بموجب النكاح فان قيل
لا نسلم ان الابن ملك جاريته من كل وجه ولا نسلم ان حل الوطي ونفاذ العتق يدل على الملك
من كل وجه الا ترى ان المدبرة وام الولد يحل وطيهما وينفذ اعتاقهما وليس الملك فيهما
ثابت من كل وجه ولهذا لا يجوز اعتاقهما عن الكفارة قلنا
الملك فيها ثابت للابن من كل وجه بدلالة الامر المختص بالملك من كل وجه وهو حل الوطي
ونفاذ العتق وصحة البيع والرهن والهبة ولهذا لو اعتق الاب او رهن او باع او وهب
لا يجوز وقوله حل الوطي ونفاذ العتق لم يدل على الملك من كل وجه فلا نسلم ذلك لان
الله تعالى نفى حل الوطي الا بالنكاح او بالملك المطلق وهو الملك من كل وجه قال تعالى
والذين هم لفروجهم حافظون الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم وقال عليه السلام
لا عتق فيما لا يملكه ابن ادم واما المدبرة وام الولد فالملك فيهما ثابت من كل وجه وانما امتنع
جواز البيع والكفارة لمعنى اخر وهو انعقاد سبب الحرية في الحال فان قيل
سلمنا ان الابن ملكها من كل وجه ولكن لا نسلم ان الاب لا يملكها من وجه او ليس له فيها
حق الملك وهذا لان قوله عليه السلام انت ومالك لوالدك يقتضي الملك للاب قلنا
في الحديث اضيف الابن وماله الى الاب بلام الملك ثم لم يقتض ذلك الملك في نفس الابن
بالاتفاق فكذا لا يقتضي في ماله ايضا لان الاضافة فيهما على نسق واحد على انا نقول الاضافة
انما تقتضي الملك اذا صادفت محلا قابلا للتملك بان يكون فارغا عن ملك العبد والمحل
ملك الابن من كل وجه وليس بفارغ عن ملكه فلا يملكه الاب والحديث محمول على حق التملك
صيانة له عن التعطيل ونحن نقول به ولهذا يملكها بالقيمة سابقا على الاستيلاد فان
قيل لا نسلم ان جارية الابن داخلة تحت قوله تعالى
واحل لكم ما وراء ذلكم بل هي من جملة المحرمات لانها حليلة الابن قلنا
لا نسلم ان جارية الابن تسمى حليلته وهذا لان الحليلة في اللغة هي الزوجة لا الامة
فافهم والباقي يعرف بممارسة الاصول والفروع **قوله** لخلوها عن ملك الاب
اي لخلو امة الابن عن ملك الاب وهذا دليل لصحة التزوج عندنا **قوله** وكذا
يملك من التصرفات ما لا يبقى معها ملك الاب لو كان فدل ذلك على انتفا ملكه اي يملك
الابن في جاريته من التصرفات تصرفا لا يبقى مع ذلك التصرف ملك الاب لو كان ثابتا
كالاعتاق والبيع والهبة فدل ذلك التصرف من الابن على انتفا ملك الاب وهذا استدلال
من صاحب الهداية على ان الملك للابن ثابت في جاريته من كل وجه بحيث لا يملكها الاب
من وجه ولكن لنا في دعوى الملازمة نظر وهي ان لا يبقى ملك الاب لو كان من تصرف
الابن لان الابن اذا باع جارية مشتركة بينه وبين الاب لا يبطل ملك الاب بل يبقى كما كان
وكذا اذا اعتقها لان للاب ان يعتق نصيبه فدل ذلك على بقا ملك الاب لا على انتفا ملكه ولكن
الوجه في الاستدلال ما حققناه اولا **قوله** وولدها حر ونقل شيخنا برهان الدين
الخبقيني قدس الله روحه عن شيخه الامام حميد الدين الضرير انه قال في شرحه
فيه اختلاف عند البعض يعتق قبل الانفصال وعند البعض يعتق بعد الانفصال
وثمرته تظهر في الارث حتى لو مات المولى وهو الابن يرث الولد على قول من قال يعتق

قبل الانفصال وعلى قول من قال لا يعتق قبل الانفصال لا يرث اذا مات المولى قبل الولادة لان الرق
مانع من الارث فاقول الوجه الاول لان الولد حدث على ملك الاخ من حين العلوق فكما ملكه عتق
عليه بالقرابة بالحديث **قوله** واذا كانت الحرة تحت عبد فقالت لمولاه اعتقه عني بالف ففعل
فسد النكاح وهذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه
في رجل زوج عبده امراة حرة فقالت لمولاه اعتق عبدك عني على الف درهم ففعل قال العبد حر
والولا لها ويفسد النكاح ولو قالت له اعتقه عني ولم تسم مالا فاعتقه فالولا للمعتق ولا يفسد النكاح
واصله معروف وهو ان من قال لغيره اعتق عبدك عني على الف درهم ففعل المامور اجزا فالعتق
يقع العتق عن الامر عندنا استحسانا حتى يكون الولا له ويسقط الكفارة عنه اذا نوى ويلزمه
الالف وقال زفر يقع العتق عن المامور حتى يكون الولا له ويسقط عنه الكفارة اذا نوى ولا
يلزم الالف على الامر لزفر رحمه الله ان قول الامر اعتق عبدك عني وقول المامور اعتقت عبدي
عنك يدل على القصد الى اعتاق عبد مملوك للمامور عن الامر لا الى اعتاق عبد مملوك للامر عنه
هذا هو المعلوم من قضية الاضافة لغة فكيف يقع العتق عن الامر وقد قال عليه السلام لا
عتق فيما لا يملكه ابن ادم والملك لو ثبت للامر لا يخلو اما ان يثبت قبل الاعتاق او حال الاعتاق او
بعده والحصر ظاهر فلا يجوز ان يثبت قبل الاعتاق لانه لو ثبت ثبت بتضمن كلامه البيع وركن البيع
الايجاب والقبول فلم يوجد القبول من الامر فلا يثبت الملك وحال الاعتاق حال زوال الملك
فمحال ان يجتمع الملك مع زواله وبعد الاعتاق لا يمكن القول بنقل الملك فعلم ان الاعتاق لا يقع عن الامر
لعدم الملك فلما لم يثبت الملك للمراة فيما نحن فيه لم يفسد النكاح ولنا ان الامر قصد الى اثبات
العتق بواسطة ثبوت الملك له بتضمن كلامه البيع لان قوله عني على الف يدل على ذلك فصار
كانه قال العبد الذي كان لك الى الان ملكه لي بالف واعتقه عني وكذا المامور قصد الى اثبات
العتق عن الامر لانه قال اعتقت عنك وقد خرج كلامه جوابا لكلام الامر والقاصد الى الشي
قاصد الى ما لا يتصور حصول ذلك الشي بدونه كالقاصد الى الصلاة قاصد الى الطهارة له
وكالقاصد الى صعود السطح قاصد الى نصب السلم اذا كان بحيث لا يصعد الا بنصب السلم
فلما كان كذلك ثبت الملك اقتضا قبيل قوله اعتقت عنك فصح الاعتاق عن الامر بعد ثبوت الملك
له فلما ثبت الملك للمراة فيما نحن فيه فسد النكاح للتنافي بين الملكين وعليها الف درهم وسقط المهر
لان المولى لا يستوجب على عبده دينا والجواب عن قوله ان القبول لم يوجد وهو ركن البيع
فلا يصح بدونه فلا يثبت الملك قلنا انما لا يصح البيع بدون الايجاب والقبول اذا ثبت البيع
مقصودا كما اذا قال الامر مثلا بع عبدك مني بالف درهم واعتقه عني فقال المامور بعت
واعتقت حيث لا يقع عن الامر اما اذا ثبت ضمنا وتبعا فانه يثبت بلا انعقاد ركنه كالطلاق يثبت
بقوله اعتدي من غير ركنه اصلا فان قلت ـــــــ الشرائط الاصلية لا
تثبت بطريق الاقتضا كالاهلية والملك شرط اصلي للاعتاق فلا يثبت اقتضا ولهذا لو قال
لعبده كفر يمينك بالمال او قال له تزوج اربعا لا يثبت الحرية لانها شرط اصلي كذا هنا له
قلت ـــــــ كون العبد مملوكا في ذاته شرط اصلي للاعتاق لا يوجد
بدونه اما كونه مملوكا للامر فهو امر زايد فجاز ثبوته بطريق الاقتضا واما المسالة الثانية
وهي ما اذا قالت اعتقه عني ولم تذكر البدل ففعل المامور يفسد النكاح عند ابي يوسف
كما في المسالة الاولى وجه قوله ان الملك ثبت شرطا للاعتاق كما في المسالة الاولى الا ان له

القبض

القبض وان كان شرط التبرع اذا كان قصدا سقط هنا لثبوته ضمنا كما ان القبول ركن البيع
فيما ثبت قصدا وقد سقط فيما ثبت ضمنا والشرط احق بالسقوط من الركن لانه دونه ولنا
ان السقوط انما يكون فيما يحتمل السقوط لا فيما لا يحتمل السقوط والركن في البيع يحتمل ذلك
ولهذا اسقط في بيع التعاطي بخلاف التسليم في الهبة فانه لا يحتمل السقوط بحال لان القبض
فعل حسي لا يمكن اثباته بطريق الاقتضا تبعا ما لم يوجد حسا فلما لم يثبت القبض تبعا وهو
شرط ثبوت الملك في الهبة لم يثبت الاعتاق عن المراة الامرة لانتفا شرط الاعتاق وهو
الملك فلم يفسد النكاح **قوله** وعنده يقع عن المامور اي عند زفر يقع العتق عن المامور
والضمير في لانه راجع الى الامر وكذلك في قوله عنه وفي عنده راجع الى المامور **قوله**
فلم يصح الطلب اي طلب الاعتاق تصحيحه اي تصحيح الطلب **قوله** بطريق الاقتضا وهو
جعل غير المنطوق منطوقا لتصحيح المنطوق وهذا اذا لم يصرح بالمقتضي اما اذا صرح به
المامور يقع العتق عن المامور اتفاقا ولهذا قال في النقود ولو قال المامور بعتك بالف
درهم ثم اعتقت لم يصر مجيبا لكلامه بل كان مبتديا ووقع العتق عن نفسه **قوله**
طلب التمليك منه اي من المولى وهو تم الاعتاق عنه بالنصب على انه خبر صار اي ثم يصير
قول المامور اعتقت اعتاقا عن الامر **قوله** للتنافي بين الملكين اي بين ملك الرقبة وملك
المتعة وتحقيق التنافي مر في فصل المحرمات عند قوله ولا يتزوج المولى امته ولا المراة عبدها
قوله هذا والاول سوا اي عدم ذكر البدل مع ذكر البدل سوا يعني يقع العتق عن
الامر في الصورتين عند ابي يوسف **قوله** تصحيحا لتصرفه اي لتصرف الامر **قوله**
ويسقط اعتبار القبض كما اذا كان عليه كفارة ظهار فامر غيره بان يطعم عنه يعني اذا امر
المظاهر غيره وقال اطعم عني ستين مسكينا ففعل المامور يقع الاطعام عن الامر وتسقط
عنه الكفارة وان لم يوجد القبض من الامر تصحيحا لتصرفه فكذا هنا في قوله اعتق عني
ولم يقل على الف ففعل المامور يقع عن الامر وان لم يوجد القبض لما قلنا وجوابه ان القبض
شرط التبرع لا يحتمل السقوط بحال الا ان الفقير نايب مناب الامر فوقع قبضه عن الامر
وفيما نحن فيه لم يوجد القبض اصلا فلم يصح التبرع فوقع العتق عن المامور والعبد لا يصلح
ان يكون قابضا نايبا مناب الامر لان العبد لم يقع في يده شي من الملك لان الاعتاق اتلاف
الملك **قوله** وفي تلك المسالة اشارة الى مسالة الامر بكفارة الظهار **قوله**
ليتوب عنه اي ليتوب العبد عن الامر والله اعلم

باب نكاح اهل الشرك

انما اخر نكاح اهل الشرك عن نكاح الرقيق لانهم ادنى منزلة من
الرقيق قال تعالى ولعبد مومن خير من مشرك **قوله** واذا تزوج الكافر بغير شهود او
في عدة كافر وذلك في دينهم جايز ثم اسلما اقرا عليه وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه انما
قال وهذا عند ابي حنيفة ولم يقل ابتدا عند ابي حنيفة بدون ذكر هذا لانها مسالة
القدوري وليس فيها ذكر الخلاف فقال صاحب الهداية وهذا عند ابي حنيفة كشفا لموضع
الخلاف ولكن من حق المسالة ان يضعها صاحب الهداية في الفصل المتقدم على باب الرقيق
لان ذاك الفصل هو المشتمل على نكاح الذمي وقد اراد بالكافر هنا الذمي بدليل ما ذكره
في بيان الدليل وانما لا نتعرض لهم لذمتهم والمشرك لا ذمة له ولانه قال ان حرمة نكاح
المعتدة مجمع عليها فكانوا ملتزمين والمشرك لا يلتزم احكامنا اصلا فعلم ان المراد من الكافر

المذكور في المسئلة هو الذمي وكان ينبغي ان يذكر في بابه لا في باب المشرك الذي لا كتاب له ثم
اعلم ان النكاح بغير شهود ونكاح المعتدة من الغير الذي هو الكافر صحيح في حق اهل الذمة اذا
كانوا يعتقدون لجواز ذلك عند ابي حنيفة حتى لو اسلما يقران على ذلك وعند زفر فاسد
وقال ابو يوسف ومحمد في النكاح بغير شهود كما قال ابو حنيفة وهو المراد من قوله في الوجه
الاول وقالا في النكاح في عدة الكافر كما اذا قال زفر وهو المراد من قوله في الوجه الثاني
وجه قول زفر رحمه الله ان الخطاب عامة مثل قوله تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح حتى
يبلغ الكتاب اجله وقوله تعالى وان احكم بينهم بما انزل الله ولا تتبع اهواءهم وقوله عليه السلام
لا نكاح الا بشهود ولان اهل الذمة تبع لاهل الاسلام فاذا لم يجز نكاحهم في عدة الغير وبغير
شهود فكذا نكاح اهل الذمة فقبل الاسلام او المرافعة انما لا نتعرض لهم اعراضا عنهم لا
تقريرا لهم على صنيعهم الفاحش القبيح وترك التعرض لا يدل على عدم الحرمة كما في عبادة الاوثان
والنيران فاذا اسلموا او ترافعوا وجب التفريق رفعا للحرمة القائمة ووجه قول ابي يوسف
ومحمد ان نكاح المعتدة نكاح المنكوحة من وجه لبقاء اثر النكاح وهو العدة ونكاح المنكوحة باطل
فصار كنكاح المعتدة من المسلم بخلاف النكاح بغير شهود حيث يقران على ذلك بعد الاسلام لان
حالة الاسلام حالة البقاء والشهود في باب النكاح شرط الانعقاد لا شرط البقاء ولان نكاح المعتدة
بين المسلمين حرام بالاجماع والنكاح بغير شهود مجتهد فيه لان الشهود ليس بشرط عند مالك بل
الشرط هو الاعلان فكان اهل الذمة ملتزمين لحرمة نكاح المعتدة بعقد الذمة لثبوتها
بالاجماع لا لحرمة النكاح بغير شهود لانه لا يلزمهم رعاية جميع الاختلافات ووجه قول ابي
حنيفة رضي الله عنه ان حرمة النكاح في عدة الكافر لو ثبتت لا يخلو من احد الامرين اما ان
تثبت حقا للشرع او حقا للزوج فلا يجوز الاول لان الذمي لا يخاطب بحقوق الشرع ولهذا
لا نتعرض لهم في الخمر والخنزير بخلاف الربا فانه مستثنى بقوله عليه السلام الا من اربى
فليس بيننا وبينه عهد وكذا لا يجوز الثاني لان الذمي لا يعتقد ذلك لان كلامنا على هذا التقدير
فلما سقطت الحرمة ابتداء لم تعتبر بقاء لان حالة البقاء اسهل منه ولان الطلاق مزيل للنكاح
وكذا الموت مزيل له فكان ينبغي ان يجوز نكاح المراة قبل الاعتداد الا ان الشرع اخر عمل
الطلاق والموت الى انقضاء العدة في حق المؤمنات صيانة لماء المسلم نظرا له قال تعالى والمطلقات
يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء ولا يحل لهن ان يكتمن ما خلق الله في ارحامهن ان كن يؤمن
بالله واليوم الاخر وقال تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا يتربصن بانفسهن
اربعة اشهر وعشرا والذمي لا يستحق النظر فبقي الحكم على مقتضى الدليل اما النكاح بغير
شهود فانما صح من الذمي لان الشهادة في نكاح المسلمين انما اشترطت حقا لله تعالى والكافر لا
يخاطب بحقوق الله تعالى في احكام الدنيا فلما لم تشترط ابتداء لم تشترط بقاء اعني بعد المرافعة
وبعد الاسلام ولان البقاء اسهل من الابتداء ولان الشهادة شرط الانعقاد لا شرط البقاء ولهذا
اذا مات الشهود بعد النكاح لا يفسد النكاح **قوله** في الوجهين اي فيما اذا تزوج بغير
شهود او في عدة كافر **قوله** على ما مر من قبل اشارة الى ما قال في اول فصل تزوج
النصراني بقوله وهذا الشرع وقع عاما فيثبت الحكم على العموم **قوله** اعراضا لا
تقريرا اي نعرض عنهم لمكان عقد الذمة والحرمة قائمة اي ثابتة وهي جملة حالية **قوله**
لانه لا يعتقده اي لان الكافر لا يعتقد العدة وتذكير الضمير على تاويل الاعتداد **قوله**

حالة

حالة البقاء اي حالة بقاء النكاح لا حالة الانعقاد فيها اي في حالة البقاء **قوله** وكذا العدة
لا تنافيها اي لا تنافي حالة البقاء يعني ان النكاح يبقى مع وجوب العدة كالموطوءة اذا وطئت
بشبهة تجب عليها العدة وتحرم على الزوج الوطي ومع هذا لا يفسد نكاح الزوج فكذا هنا
بيانه ان العدة واجبة من الذمي عند بعض مشايخنا لكنها ضعيفة لا تمنع صحة النكاح بناء
على اعتقادهم كالاستبراء بين المسلمين ولهذا يجوز تزويج المولى امته من الغير وان كان
الاستبراء واجبا على المولى ثم بعد المرافعة او الاسلام الحال حال البقاء والعدة لا تمنع بقاء
النكاح كما في تلك المسئلة وعلى قول بعض مشايخنا لا تجب العدة من الذمي ولا حاجة الى
هذا التكلف حينئذ لانها لما لم تجب ابتداء لم تجب بقاء فلم يوجد المانع للنكاح لا ابتداء ولا
بقاء فاقرا على النكاح بعد المرافعة او الاسلام **قوله** وان تزوج المجوسي امه او ابنته
ثم اسلما فرق بينهما وهذه من مسائل القدوري وهذا لا يشكل على مذهب ابي يوسف ومحمد رحمهما
الله لان نكاح المحارم فيما بين الكفار له حكم البطلان وكذلك على مذهب ابي حنيفة رضي الله عنه
على ما ذكره القدوري في شرحه اما على ما ذكره القاضي ابو زيد رحمه الله فله حكم الصحة والى
هذا اشار في المتن بقوله في الصحيح وفائدته تظهر فيما ذكر صاحب الايضاح ان الذمي اذا تزوج
محارمه ودخل بها لم يسقط احصانه حتى انه لو اسلم فقذفه انسان يجب على القاذف الحد في
قول ابي حنيفة ولو كان النكاح فاسدا لاوجب الدخول فيه سقوط الاحصان وكذلك اذا
ترافعا البناء وطلبت المراة النفقة فان القاضي يقضي بالنفقة في قول ابي حنيفة وهذا دليل
على ان النكاح وقع صحيحا ولكن لما اسلما او اسلم احدهما يفرق بينهما للمنافاة بين المحرمية والنكاح
وذاك لان كل صفة ترجع الى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء كالرضاع ثم اعلم انه اذا اسلم
احدهما يفرق بينهما بالاتفاق وقبل الاسلام لا يفرق بينهما ما لم يترافعا جميعا عند ابي حنيفة
رضي الله عنه وقال ابو يوسف يفرق بينهما القاضي سواء وجد الترافع او لم يوجد وقال
محمد اذا وجد الرفع من احدهما يفرق والا فلا وجه قول محمد رحمه الله اذا رفع احدهما فقد
التزم حكم الاسلام ودان له فيفرق بينهما كما لو اسلم احدهما ووجه قول ابي يوسف رحمه الله
ان النكاح فاسد في الاصل فلا حاجة الى الرفع والترافع فيفرق القاضي بينهما لان الخطاب
عام قال تعالى وان احكم بينهم بما انزل الله ولابي حنيفة رضي الله عنه قوله تعالى فان جاؤك
فاحكم بينهم بيانه ان الله تعالى علق الحكم بشرط والمعلق بالشرط عدم قبل وجوده فلا
يجوز التفريق برفع احدهما ولان ترك الاعتراض حق لهما جميعا فلا يسقط باسقاط احدهما
حقه حق الاخر بيانه ان النبي صلى الله عليه وسلم كتب الى مجوس هجر اما ان تدعوا الربا او تاذنوا
بحرب من الله ورسوله ولم يكتب في انكحتهم شيئا وقد فتح المسلمون بلاد فارس ولم يتعرضوا لانكحتهم
واجماعهم حجة ولان نكاح المحارم ليس باعظم من كفرهم ولا نتعرض لهم فيه فكذا في النكاح
بخلاف ما اذا اسلم احدهما حيث يجب التفريق بينهما لان الاسلام يعلو ولا يعلى ولا يعارضه
اعتقاد المصر على الكفر لانه فاسد ضعيف **قوله** كما ذكرنا في المعتدة اشارة الى ما ذكر
في المسئلة المتقدمة بقوله لهما ان حرمة نكاح المعتدة مجمع عليها فكانوا ملتزمين لها
قوله لانها لا تنافيه اي لان العدة لا تنافي بقاء النكاح وبيانه مر مرة **قوله** ولا
يجوز ان يتزوج المرتد مسلمة ولا كافرة ولا مرتدة وهذه من مسائل القدوري وانما لم يجوز
نكاح المرتد لان الردة دافعة للنكاح فلان تكون مانعة اولى لان الدفع اسهل من الرفع

ولانها شرعت مزيلة للملك فلا يستفاد الملك معها كالموت ولانه مستحق للقتل لقوله عليه السلام
من بدل دينه فاقتلوه وانما يمهل الى ثلاثة ايام استحبابا لرجاء العود الى الاسلام بان يتأمل
في محاسنه وينكشف عنه الشبهة والنكاح يشغله عن التأمل فلا يكون النكاح مشروعا في حقه
وكذلك المرتدة لا يتزوجها مسلم ولا كافر وذلك لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات ولان ردتها
منافية لبقاء النكاح فتكون مانعة له بالطريق الاولى ولان الغرض من النكاح مقاصده
نحو السكن والازدواج وحسن العشرة ونحو ذلك ولا يحصل ذلك بين المسلم والمرتدة اذ
ليس مع الاختلاف ايتلاف ولان المرتدة تحبس لتتأمل في محاسن النكاح ويزول عنها
الشك والشبهة ويشغلها النكاح عن التأمل لان المنكوحة مشغولة بالقيام بامور داخل البيت
فلا يكون النكاح مشروعا في حقها **قوله** وان كان احد الزوجين مسلما فالولد على دينه وكذا
ان اسلم احدهما وله ولد صغير صار ولده مسلما باسلامه والمراد من الاول اعني قوله وان
كان احد الزوجين مسلما الاسلام الاصلي لكن ليس هو على عمومه لان المسلمة لا يجوز ان
يتزوجها كافر اصلا وانما اراد به ان يكون الزوج مسلما والزوجة ذمية والمراد من الثاني
اعني قوله وكذا ان اسلم احدهما الاسلام الطارئ وهو على عمومه لانه يجوز ان تسلم المراة
ولم يعرض الاسلام على زوجها بعد والاصل في الحكم بالتبعية ما روى البخاري في صحيحه مسندا
الى ابي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما من مولود الا يولد على
الفطرة فابواه يهودانه او ينصرانه او يمجسانه بيانه ان النبي صلى الله عليه وسلم قد اثبت ان الولد
يكون دين الابوين ثم بعد ذلك نقول اذا اسلم احد الابوين او كان مسلما من الاصل فلا يخلو اما
ان يتبع الولد الصغير من ابويه المسلم او الكافر فلا يجوز ان يتبع الكافر لان الاسلام اولى
بالاستتباع لكونه اقوى لان الاسلام يعلو ولا يعلى ولان النبي عليه السلام اثبت له حكم
الفطرة بنفسه وانما نقله عنها الى دين ابويه اذا اجتمعا على دين فاذا لم يجتمعا بقي الصغير على
ما اثبته عليه النبي صلى الله عليه وسلم من حكم الفطرة فلم يجز نقله عنها والفطرة الجبلة التي
خلق الله عليها الخلق والمراد منها فطرة الاسلام لقوله تعالى فطرة الله التي فطر
الناس عليها لا تبديل لخلق الله ذلك الدين القيم **قوله** لان في جعله تبعا له نظرا له اي لان
في جعل الولد تبعا للمسلم نظرا للولد **قوله** ولو كان احدهما كتابيا والآخر مجوسيا فالولد
كتابي وقال الشافعي هو على دين الاب لنا ان في جعله تبعا للكتابي نظرا للصغير ولهذا تحل
ذبيحة الكتابي ونكاح الكتابية للمسلم بخلاف المجوس فانه لا تحل ذبيحتهم ولا يجوز مناكحتهم
اصلا فكانت المجوسية شرا من النصرانية واليهودية لا يقال الحظر والاباحة اذا
اجتمعا فالحكم للحظر كالمتولد بين الحمار الوحشي والاهلي فينبغي ان يكون الولد تبعا
للمجوسي لانا نقول ذاك ينتقض بما اسلم احد الابوين وانما قال لو كان احدهما كتابيا
حتى يشمل النصراني واليهودي وانما قلنا ان المجوسية شر من النصرانية واليهودية ولم
نقل ان النصرانية او اليهودية خير من المجوسية لانه لا خير في دين هؤلاء الطائفة
ولكن في كل منهم خلاف الخير وفي المجوسية اكثر فتكون شرا منهما **قوله** لان فيه اي في
الكتابي يعني في كون الولد كتابيا **قوله** للتعارض يعني ان الكفر كله ملة واحدة فيتعارض
المجوسي والكتابي في استتباع الولد فيترجح الاب بالابوة **قوله** ونحن بينا الترجيح وهو
ان فيه نوع نظر للولد من حيث حل الذبيحة وجواز المناكحة **قوله** واذا اسلمت المراة

وزوجها

وزوجها كافر عرض القاضي عليه الاسلام فان اسلم فهي امرأته وان ابى فرق بينهما وكان
ذلك طلاقا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وان اسلم الزوج وتحته مجوسية عرض عليها الاسلام
فان اسلمت فهي امرأته وان ابت فرق القاضي بينهما ولم تكن الفرقة طلاقا وقال ابو يوسف
لا يكون طلاقا في الوجهين وهذه من مسائل القدوري اعلم ان احد الزوجين اذا اسلم ان كان
بحال يجوز استئناف العقد عليهما لا يفسد النكاح كالذمي يتزوج الذمية ثم يسلم الرجل
وذاك لان نكاح المسلم الذمية ابتداء يجوز عندنا فبقاء اولى وان كان بحال لا يجوز استئناف
العقد عليهما لا ينفسد النكاح ولكن يعرض الاسلام على الكافر فان ابى فرق بينهما وهذا
كالنصرانية اذا اسلمت وزوجها كافر وكالمجوسي اذا اسلم وزوجته مجوسية او وثنية
وهذا لان المسلمة لا يجوز ان تكون تحت الكافر مطلقا فلهذا اطلق الكافر في اسلام المراة
اما المسلم يجوز له ان يتزوج كتابية ولا يجوز له ان يتزوج مجوسية او وثنية ولهذا قيد في المتن
في اسلام الزوج بتمجس المراة ثم اعلم ان عرض الاسلام مذهبنا وعند الشافعي لا يعرض لكن
تبين المراة في الحال ان كان الاسلام قبل الدخول وان كان بعد الدخول فالفرقة بعد انقضاء
ثلاث حيض لنا كذا الملك في الثاني دون الاول ولهذا اذا طلق الرجل امرأته قبل الدخول
يثبت الفرقة في الحال بخلاف ما اذا كان بعد الدخول ولنا ما ذكر في الموطأ عن ابن شهاب الزهري
ان ابنة الوليد بن المغيرة كانت تحت صفوان بن امية فاسلمت يوم الفتح وهرب زوجها صفوان
بن امية من الاسلام فلم يفرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينه وبين امرأته حتى اسلم صفوان
واستقرت عنده امرأته بذلك النكاح وروى اصحابنا ان رجلا من بني تغلب اسلمت امرأته وهي
نصرانية فرفعت الى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال له اسلم والا فرقت بينكما فابى ففرق
بينهما وعن ابن عباس رضي الله عنهما مثل ذلك ولم ينقل عن احد منهم اعتبار مدة العدة او اعتبار
الفرقة بنفس الاسلام ولان النكاح كان صحيحا بالاجماع فبعد الاسلام لا يخلو اما ان يكون الموجب
للبينونة اسلام المسلم او كفر المصر او اختلاف الدين فلا يجوز الاول لان الاسلام عاصم للاملاك
لا قاطع قال عليه السلام امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله فاذا قالوها عصموا مني
دماءهم واموالهم فلم يجز ان يكون الاسلام قاطعا لملك النكاح وكذا لا يجوز الثاني لان الكفر كان
موجودا قبل ذلك وكان لا ينافي ابتداء النكاح ولا بقاءه ولا يجوز الثالث ايضا لان الاختلاف في
الدين انما حصل من جهة اسلام المسلم وقد بينا ان الاسلام لا يصلح ان يكون قاطعا فلما لم تكن هذه
الاشياء موجبة للفرقة قلنا ان الواجب في باب النكاح امساك بمعروف او تسريح باحسان وقد
فات الامساك بمعروف لان مقاصد النكاح لا تحصل مع اختلاف الدين لان الكافر لا يمكن من استفراش
المسلمة ولا يحل للمسلم استفراش المجوسية والوثنية بالنص فتعين التسريح ثم لما لم يسرحها يأمره
القاضي بالاسلام ليحصل مقاصد النكاح فاذا وجد الاباء بعد ذلك يفرق القاضي بينهما لفوات
مقاصد النكاح كما في الجب والعنة ثم وجه قول ابي يوسف رحمه الله في ان الفرقة فسخ لا طلاق
لانها بسبب مشترك بين الزوجين وهو الاباء فلم يكن طلاقا كما اذا ملك احد الزوجين الآخر يكون
الفرقة فسخا لا طلاقا وكذا اذا ثبت الفرقة بالرضاع ولكن هذا يبطل بالخلع ولهما ان الاباء اذا
حصل من الزوج ينوب القاضي منابه فتعتبر الفرقة طلاقا لصدور سببها من جهة الزوج كما في
الجب والعنة بخلاف تفريق القاضي باباء المراة لان سبب الفرقة صدر من المراة وهي لا تملك الطلاق
ثم في التفريق باباء المراة يكون لها كمال المهر ان كان بعد الدخول وان كان قبل الدخول فلا مهر لها

اما في الدخول فانه يوجب استقرار المهر وتاكده ولا يسقطه ارتفاع العقد بعد ذلك كما اذا طلقها
بعد الدخول بخلاف ما اذا كان التفريق قبل الدخول لان الفرقة حصلت بسبب من قبلها فلا يكون
لها مهر كما اذا ارتدت قبل الدخول والعياذ بالله او مكنت ابن زوجها من نفسها قبل الدخول
قوله وان ابى فرق بينهما اي ان ابى الزوج الاسلام فرق القاضي بين المراة وزوجها قوله
وكان ذلك طلاقا اي كان تفريق القاضي باباء الزوج طلاقا لا فسخا عند ابي حنيفة ومحمد قوله
وقال ابو يوسف لا يكون طلاقا في الوجهين اي لا يكون التفريق طلاقا عنده سوا كان باباء الزوج
او باباء المراة بل يكون فسخا وفايدته انه لا ينتقص من عدد الطلاق شي قوله وبعده متاكد
اي بعد الدخول لملك النكاح متاكد قوله كالفرقة بسبب الملك اي اذا ملك احد الزوجين
الاخر يكون الفرقة فسخا لا طلاقا قوله فاشبه الردة والمطاوعة وهي بفتح الواو ولا
كسرها لانها مصدر اي مطاوعة المراة ابن زوجها وبيانه مر قوله واذا اسلمت المراة
في دار الحرب وزوجها كافر او اسلم الحربي وتحته مجوسية لم تقع الفرقة حتى تحيض ثلاث حيض
ثم تبين من زوجها وهذا عندنا وقال الشافعي ان كان قبل الدخول يقع الفرقة في الحال وان
كان بعد الدخول يتوقف على انقضا ثلاث حيض كما في دار الاسلام عنده ولنا ان الاسلام
او كفر المصر او اختلاف الدين لا يصلح ان يكون موجبا للفرقة لما قلنا في المسيلة المتقدمة ان
الاسلام عاصم وكفر المصر ليس بمناف واختلاف الدين من جهة المسلم فلا بد من سبب يوجب
الفرقة وهو الابا بعد عرض الاسلام لان عند ذلك يفوت الامساك بالمعروف فيتعين التسريح
ولا يمكن عرض الاسلام في دار الحرب لانقطاع يد اهل الاسلام عنهم فلما تعذر تقرير السبب
اضيف الحكم الى الشرط تضاف اليه الحكم عند تعذر الاضافة الى العلة والسبب كما في حافر
البير على قارعة الطريق فتوقف الفرقة الى انقضا مدة العدة اعني ثلاث حيض ان كانت ممن
تحيض او مضي ثلاثة اشهر ان كانت ممن لا تحيض وبه صرح الكرخي في مختصره وذاك لان الطلاق
سبب البينونة وانقضا العدة شرطها الا ان هنالك اذا وقع الطلاق قبل الدخول تثبت الفرقة
والبينونة بمجرد الطلاق بلا عدة وهنا تثبت البينونة بعد مدة العدة والفرق ان الزوج ثمة
باشر سبب الفرقة فامكن اثباتها قبل انقضا ثلاث حيض وهنا لم يباشر سببها فاستوى الدخول
وعدمه فتوقف البينونة على انقضا مدة العدة قوله والعرض على الاسلام متعذر اي
عرض الكافر على الاسلام متعذر وكان القياس ان يقول وعرض الاسلام متعذر اي عرضه
الاسلام على الكافر الا انه قلب الكلام لعدم الالتباس كما في قولهم ادخلت الخاتم في الاصبع
وادخلت القلنسوة في راسي وانما الاصل ان يقال ادخلت الاصبع في الخاتم والراس في القلنسوة
قوله كما في حفر البير اي على قارعة الطريق وانما قيدنا بذلك لان حفر البير في ملك نفسه
لا يوجب الضمان اعلم ان علة الوقوع ثقل الواقع وذلك لا يصلح لاضافة الحكم اليه لعدم التعدي
فيه لانه امر طبيعي لا صنع للواقع فيه وسبب الوقوع مشيه فلا يصلح لاضافة الحكم اليه لانه
مباح فاضيف الى صاحب الشرط وهو الحافر لان ازالة مسكة الارض بالحفر شرط الوقوع
وانما صلح الشرط للاضافة لان له اشتباها بالعلة في وجود الحكم اعني انه يوجد بالعلة
عند الشرط فكذا فيما نحن فيه اضيف الحكم وهو البينونة الى انقضا مدة العدة وهو
الشرط فافهم قوله واذا وقعت الفرقة والمراة حربية فلا عدة عليها وان كانت هي
المسلمة فكذلك عند ابي حنيفة خلافا لهما وهذه متعلقة بما قبلها بيانه ان احد الزوجين اذا

اسلم في دار الحرب تقع الفرقة بانقضا ثلاث حيض فبعد ذلك لا يلزم العدة على المراة سوا كانت
مدخولا بها او لم تكن مدخولا بها اما اذا لم تكن مدخولا بها فظاهر واذا كانت مدخولا بها فان
كانت المراة حربية اعني مجوسية او وثنية فلا عدة عليها ايضا لان حكم الشرع لا يثبت في حقها وان
كانت مسلمة فلا عدة عليها عند ابي حنيفة رضي الله عنه لانه لا يوجب العدة على المسلمة من الحربي
واصل المسيلة في المهاجرة الى دار الاسلام فانها اذا هاجرت الينا مسلمة او ذمية لم يلزمها
العدة في قول ابي حنيفة الا ان تكون حاملا فحينيذ لا تتزوج حتى تضع حملها وان كانت حايلا فلها
ان تتزوج في الحال وهكذا ذكر شمس الايمة السرخسي في شرح الكافي ولكن الطحاوي ذكر في
مختصره وجوب العدة عليها حيث قال ومن اسلمت امراته في دار الحرب كانت امراته على حالها
حتى تحيض ثلاث حيض فاذا حاضتها بانت ووجبت عليها العدة بعد ذلك الى هنا لفظ الطحاوي
وقال الكرخي في مختصره واذا اسلمت امراة الحربي وهما في دار الحرب فهما على النكاح ما لم تحض
ثلاث حيض ان كانت ممن تحيض او تمض ثلاثة اشهر ان كانت ممن لا تحيض واذا كان ذلك
قبل ان يسلم الزوج وقعت الفرقة قال محمد في السير عليها ثلاث حيض اخرى بعد الثلاث الاول
وهي فرقة بطلاق ويقع طلاقه عليها ما دامت في العدة في الثلاث الحيض الاواخر قال محمد وينبغي
في قياس قول ابي حنيفة ان لا يكون عليها عدة الى هنا لفظ الكرخي وعلى قول ابي يوسف ومحمد يلزمها العدة
قوله وسياتيك بيانه اي في مسيلة المهاجرة بعد ثلاثة عشر خطا قوله واذا اسلم زوج الكتابية
فهما على نكاحهما وقد بيناه فيما تقدم وهو ان احد الزوجين اذا اسلم فان كان يجوز ابتداء العقد
لا يفسد النكاح فهنا بهذه الصفة لان نكاح المسلم الكتابية ابتدا يجوز فلان يجوز بقا اولى قوله
واذا خرج احد الزوجين الينا من دار الحرب مسلما وقعت البينونة بينهما وقال الشافعي لا تقع ولو سبي
احد الزوجين وقعت البينونة وان سبيا معا لم تقع وقال الشافعي وقعت وهذه من مسايل القدوري
الا انه لم يذكر في مختصره خلاف الشافعي رحمه الله قال شمس الايمة السرخسي رحمه الله ويستوي في
وقوع الفرقة بتباين الدارين ان خرج احدهما مسلما او ذميا او خرج مستامنا ثم اسلم او صار ذميا لانه
صار من اهل دارنا ثم فايدة وقوع البينونة حل وطي تلك الامة لمن وقعت في سهمه بعد الاستبرا وان
كان الخارج هو الرجل يجوز له ان يتزوج اربعا سواها او اختها ان كانت في دار الاسلام لانه لا عدة
على التي بقيت في دار الحرب عندهم جميعا ثم اعلم ان علة وقوع البينونة بين الزوجين عندنا هو تباين
الدارين سوا وجد السبي او لم يوجد وعند الشافعي العلة السبي سوا وجد التباين بين الزوجين او لا
وجه قوله ان زينب ابنة رسول الله صلى الله عليه وسلم هاجرت من مكة الى المدينة وخلفت زوجها
زوجها ابا العاص بمكة فردها رسول الله صلى الله عليه وسلم بالنكاح الاول فعلم ان التباين لا يوجب
الفرقة ولان تباين الدارين اثره في انقطاع الولاية بحيث ينقطع ولاية احدهما عن الاخرى لا في انقطاع
النكاح ولهذا اذا دخل الحربي دارنا بامان او دخل المسلم دارهم تاجرا لا يثبت الفرقة مع ان التباين
موجود يوضحه ان النكاح باق بين اهل العدل واهل البغي مع ان الولاية منقطعة اما السبي
فانه يقتضي صفا المسبي للسابي ولا يصفو الملك في المسبي للسابي الا بانقطاع نكاح الزوج عن
المسبية ولهذا لا يبقى الدين الذي للكفار على المسبي ولنا قوله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا جاءكم المومنات
مهاجرات فامتحنوهن الله اعلم بايمانهن فان علمتموهن مومنات فلا ترجعوهن الى الكفار لا هن حل
لهم ولا هم يحلون لهن واتوهم ما انفقوا ولا جناح عليكم ان تنكحوهن اذا اتيتموهن اجورهن ولا تمسكوا
بعصم الكوافر اي بعقد نكاحهن والعصمة العقد كذا قال ابو عبيد في الغريبين ونقله عن ابن عرفة

والكوافر جمع كافرة وسبب نزول الآية ما روى الواحدي وغيره عن ابن عباس رضي الله عنهما ان مشركي مكة
صالحوا رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الحديبية على ان من اتاه من اهل مكة رده اليهم ومن اتى اهل
مكة من اصحابه فهو لهم وكتبوا بذلك الكتاب وختموه فجاءت سبيعة بنت الحارث الاسلمية بعد الفراغ
من الكتاب والنبي صلى الله عليه وسلم بالحديبية فاقبل زوجها وكان كافرا فقال يا محمد اردد علي امرأتي
فانك قد شرطت لنا ان ترد علينا من اتاك منا وهذه طينة الكتاب لم تجف بعد فانزل الله هذه الآية
وجه الاستدلال ان الله تعالى قال لا ترجعوهن الى الكفار لا هن حل لهم فنفى الحل بينهن وبين ازواجهن
فعلم ان تباين الدارين يوجب الفرقة وان لم يوجد السبي ثم قال تعالى ولا جناح عليكم ان تنكحوهن فلو
كان التباين لا يوجب انقطاع النكاح لم يجز للمسلمين ان ينكحوهن وهذه تدل على عدم اشتراط عدتهن
من الكفار لانه تعالى اباح نكاحهن مطلقا ثم قال تعالى ولا تمسكوا بعصم الكوافر بيانه ان التباين لو لم
يكن موجبا للفرقة لزم التمسك بعقد نكاحهن حال كفرهن وهو خلاف الآية ولان تباين الدارين
يوجب الفرقة لما ان اهل الحرب في حق من في دار الاسلام كالميت قال تعالى أومن كان ميتا فاحييناه
اي كافرا فهديناه ولا نكاح بين الحي والميت ولهذا اذا لحق المرتد بدار الحرب يجعل كالميت وتعتق
امهات اولاده ويقسم ماله بين ورثته بخلاف مسألة المستأمن لانه لم يوجد التباين حكما لان تباينا
من دارنا حكما وسنا منهم من دارهم حكما لان دخوله على سبيل العارية لا على سبيل التوطن وبخلاف
اهل البغي فانهم من اهل دارنا وانما يقاتلون بالتأويل اما السبي فليس بعلة للفرقة لان النكاح
لو زال به لا يخلو اما ان يزول حكما مقصودا للسبي او بناء على ما هو الحكم المقصود بالسبي فلا يجوز الاول
لان الحكم المقصود للسبي ملك الرقبة وهو لا ينافي النكاح كالبيع والهبة والصدقة فلو كان منافيا
لاستوى فيه الملك المحدث وغيره كمنافاة المحرمية والرضاع وملك النكاح لو كان محتوما لا يبطل النكاح
بالاتفاق كما اذا كانت المسبية منكوحة لمسلم او لذمي فعلم ان السبي ليس بمناف ولا يجوز الثاني ايضا لان
زوال ملك النكاح ليس من لوازم ملك الرقبة كما في المسبية اذا كانت منكوحة لمسلم او ذمي بل لا يتصور
زوال ملك النكاح من ملك الرقبة اصلا كما في العبيد والبهائم والامة المجوسية حيث لا يملك مالك المجوسية
منافع بضعها وقولهم ان السبي يقتضي صفاء الملك في المسبي للسابي فنقول يقتضي ذلك في محل عمله او
غير محل عمله فان قلتم في محل عمله وهو كون المسبي مالا فذاك مسلم ونحن نقول به حتى يثبت فيه
ملك الرقبة للسابي خالصا ولهذا يسقط دين المسبي لانه في ذمته والذمة هي الرقبة وان قلتم في
غير محل عمله اي في محل النكاح وهو منافع البضع فلا نسلم ذلك لان السبي يوجب الملك من حيث
المالية لا من حيث الانسانية والنكاح من خصائص الانسانية لا المالية بيانه انهم لما استنكفوا ان
يكونوا عبيد الله تعالى الحقهم بالبهائم فجعلهم عبيد عبيده مجازاة عليهم والجواب عن حديث زينب
ان النبي صلى الله عليه وسلم ردها بالنكاح الجديد فمعنى قوله بالنكاح الاول اي بحرمة النكاح الاول
وقد صح في السنن انها ردت بعد ست سنين في رواية وفي اخرى بعد سنتين وعند الخصم
يثبت الفرقة بانقضاء العدة وان لم يثبت بالتباين فكيف يحتج به علينا فان قلت
قال الله تعالى والمحصنات من النساء الا ما ملكت ايمانكم عد المنكوحات من المحرمات ثم استثنى المملوكات
بملك اليمين مطلقا ولم يفصل بين ما اذا كان زوج المسبية معها او لم يكن والمطلق يجري على اطلاقه
عندكم فكيف لا تجوزون وطي المسبية اذا سبي معها زوجها وروى في السنن مسندا الى ابي سعيد
الخدري رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال في سبايا اوطاس لا توطأ حامل حتى تضع
ولا غير ذات حمل حتى تحيض حيضة ولا فصل فيه ايضا قلت اما الآية فان قوله

تعالى

تعالى ما ملكت ايمانكم عام خص منه البعض فيخص المتنازع بما ذكرنا من الدليل بيانه انه اذا
اشترى الامة مع زوجها لا يجوز للمشتري وطؤها بالاجماع مع وجود ملك اليمين وكذا اذا سبيت الامة
وزوجها كان مسلما او ذميا لا يجوز للسابي وطؤها مع وجود ملك اليمين فلما كان البعض مخصوصا
حملنا الآية على ما اذا سبيت المرأة وحدها وحصل بين الزوجين تباين حكما واما الجواب عن
سبايا اوطاس فانهن كن سبين وحدهن دون ازواجهن فان الرجال كانوا اخرجوا للقتال
وخلفوا النساء والذراري في الحصن فلما انهزموا استولى رسول الله صلى الله عليه وسلم على الحصن
وسبي النساء دون الازواج واوطاس اسم موضع بقرب مكة على ثلاث مراحل من مكة كذا في
المغرب **قوله** وهو بعكسه اي الشافعي بعكس السبب لان سبب الفرقة عنده هو السبي لا
تباين الدارين **قوله** وذلك اشارة الى انقطاع الولاية **قوله** فيقتضي الصفاء للسابي اي يقتضي
السبي خلوص الملك في المسبي للسابي ولا يتحقق الصفاء **قوله** ولهذا يسقط الدين
اي عن ذمة المسبي وهو ايضاح لقوله فيقتضي الصفاء للسابي **قوله** فشابه المحرمية اي شابه
التباين المحرمية من حيث ان مع كل واحد منهما لا ينتظم مصالح النكاح وذلك لان احد الزوجين اذا
كان من دارنا والآخر من دارهم فلا ينتظم مقاصد النكاح بينهما اصلا وكذلك المحرمية محرمة للنكاح
بعلة انها مفضية الى قطع الرحم والعداوة فلا ينتظم بها مصالح النكاح ثم المحرمية تنافي النكاح فكذا
التباين **قوله** وهو لا ينافي النكاح اي ملك الرقبة لا ينافي النكاح ابتداء بان زوج امته من غيره
فكذلك لا ينافيه بقاء بان اشترى منكوحة الغير **قوله** وصار كالشراء اي صار السبي كالشراء
من حيث ان النكاح لا يفسد بالشراء فكذلك بالسبي وكذلك الصدقة والهبة **قوله** لا في محل
النكاح وهو منافع البضع باعتبار كونها آدمية وقد مر بيانه **قوله** لقصده اي لقصد المستأمن
الرجوع بالنصب على انه مفعول به لان المصدر يعمل عمل فعله **قوله** واذا خرجت المرأة الينا
مهاجرة جاز ان تتزوج ولا عدة عليها عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا عليها العدة وهذه من مسائل القدوري
اعلم ان المرأة اذا خرجت الينا مهاجرة مسلمة او ذمية تبين بالاتفاق بين اصحابنا ولكن هل يلزمها العدة
فيه اختلاف قال ابو حنيفة لا يلزمها وقالا يلزمها لهما ان هذه حرة فارقت زوجها بعد الاصابة في
فيلزمها العدة كالمطلقة في دارنا وكالتي اسلمت في دارنا وابى زوجها الاسلام بخلاف المسبية فانها يجب
نحوه وتأبيد ذلك انها تحل للسابي وحل الوطي دليل فراغ الرحم فلا حاجة الى العدة على ان الاستبراء
يجب عليها بحيضة وفراغ الرحم كما يحصل بالعدة يحصل بالاستبراء فلا حاجة الى ايجاب العدة ولابي
حنيفة رضي الله عنه قوله تعالى يا ايها الذين آمنوا اذا جاءكم المؤمنات مهاجرات فامتحنوهن الى ان
قوله فلا ترجعوهن الى الكفار لا هن حل لهم ولا هم يحلون لهن ثم قال ولا جناح عليكم ان تنكحوهن
اذا آتيتموهن اجورهن ولا تمسكوا بعصم الكوافر دلت الآية على وقوع الفرقة بين المهاجرة وبين
زوجها من اربعة اوجه وعلى نفي العدة من وجهين اما وقوع الفرقة فلقوله تعالى فلا ترجعوهن
الى الكفار ولو كان النكاح باقيا لردت اليه لان الزوج اولى بامساك امرأته حيث كانت والثاني قوله
لا هن حل لهم ولا هم يحلون لهن والثالث قوله ولا جناح عليكم ان تنكحوهن ولو كان نكاح الاول
باقيا ما جاز لنا نكاحها والرابع قوله ولا تمسكوا بعصم الكوافر فاوجب قطع العصمة بينها وبين زوجها
بخروجها الينا والعصمة المنع كقوله تعالى لا عاصم اليوم اي لا مانع فدلت على انها ليس عليها ان تمتنع من
الازواج لاجل الزوج الذي كان لها في دار الحرب واما في نفي العدة فلقوله تعالى ولا جناح عليكم
ان تنكحوهن لانه اباح نكاحها من غير شرط العدة والوجه الثاني قوله تعالى ولا تمسكوا بعصم

الكوافر توجب علينا بظاهر الآية ان لا تمتنع من نكاحها لاجل زوجها الذي في دار الحرب فلو
اشترطت العدة يلزم التمسك بعقد نكاحهن حال كفرهن فلا يجوز فلما كانت الآية وردت
في المهاجرات ولم يشترط فيها العدة وقيد العدة زيادة على النص وهي نسخ لما عرف في الاصول
فلا يجوز ولان علة الفرقة هي التباين عندنا وهذه فرقة وقعت بالتباين فلا توجب
العدة كما في المسبية ولان العدة اثر النكاح وانما تجب صيانة لما محترم ولا احترام لما الحربي
فلا يجب العدة كالمسبية ثم المهاجرة اذا كانت حاملا لا تتزوج الى ان تضع حملها وان لم يقل ابو
حنيفة بوجوب العدة عليها وانما لا تتزوج قبل وضع الحمل لان في بطنها ولدا ثابت النسب من
الحربي كام الولد اذا حبلت من مولاها لا يجوز تزويجها حتى تضع حملها قال في شرح الاقطع فان
كانت حاملا لم تتزوج حتى تضع حملها روى ذلك محمد عن ابي حنيفة وروى ابو يوسف عن ابي حنيفة
انه يتزوجها ولا يطاها وقال شمس الائمة السرخسي في المبسوط روى الحسن عن ابي حنيفة رضي
الله عنه انها اذا تزوجت صح النكاح ولكن لا يقربها زوجها حتى تضع لانه لا حرمة لما الحربي فهو بمنزلة
ما الزاني والحبل من الزنا لا يمنع النكاح عنده والاول اصح لان النسب من الزاني ليس بثابت بخلاف النسب
من الحربي فانه ثابت فلا يصح النكاح ما لم يفرغ المحل عن حق الغير **قوله** واذا ارتد احد الزوجين
عن الاسلام وقعت الفرقة بغير طلاق اعلم ان الفرقة بالردة تقع في الحال عندنا وقال الشافعي كذلك
ان لم يدخل بها وان دخل بها فلا تقع الفرقة حتى تمضي ثلاث حيض وعند ابن ابي ليلى لا تقع الفرقة
بالردة قبل الدخول وبعده ولكن يستتاب المرتد فان تاب فهي امراته وان مات على الردة او قتل
ورثته امراته لنا ان الردة منافية للنكاح فيوجب الفرقة في الحال كالمحرمية ولا يقال هذه
ردة طارية على النكاح بعد الدخول فلا يوجب الفرقة في الحال كما لو ارتدا معا لانا نقول
لا نسلم ان القياس صحيح لان في المقيس عليه لا يثبت الفرقة بعد الخروج ايضا وفي المقيس
يثبت بعد العدة عند الخصم فافترقا ولان في المقيس عليه لم يوجد الاختلاف في الدين
بخلاف المقيس ثم الفرقة بالردة فسخ لا طلاق عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعند
محمد كذلك اذا كانت الردة من المراة اما اذا كانت من الزوج فهي طلاق اعتبارا بالاباء والجامع
ان كل واحدة من الفرقتين بسبب من جهة الزوج وهو الاباء او الردة فيكون طلاقا كما في
الجب والعنة ووجه قول ابي يوسف ان الفرقة بسبب يشترك فيه الزوجان فلا يكون طلاقا
وذلك لان الردة كما تتصور من الرجل تتصور من المراة والطلاق لا يتحقق من المراة
فصارت الردة كالاباء عنده وابو حنيفة فرق بين الردة والاباء فقال الردة منافية
للنكاح لعدم الاهلية والمحلية ولهذا لا يتوقف الفرقة بالردة على قضاء القاضي فلما كانت
منافية لم يكون الابتداء والبقاء سواء ويكون النكاح منفسخا من الاصل كالمحرمية بخلاف الاباء
فانه ليس بمناف للنكاح ولهذا لا يثبت الفرقة ما لم يفرق القاضي واختلاف الدين عينه ليس
بمناف ايضا ولهذا يجوز نكاح المسلم الكتابية لكن باختلاف الدين لا ينتظم مقاصد النكاح فقام
القاضي مقام الآبي في التسريح فكان تفريقه طلاقا ان كان الاباء من الزوج لانه قائم مقامه
ودفع النكاح اذا كان من جهة الزوج يكون طلاقا كما في الجب والعنة وان كان الاباء من المراة
يكون الفرقة فسخا لا طلاقا لعدم تصور الطلاق منها ثم ان كان المرتد هو الزوج فلها نصف
المهر ان لم يدخل بها وان كان دخل بها فلها كمال المهر ونفقة العدة وان كانت هي التي ارتدت
فلا مهر لها ولا نفقة ان كان قبل الدخول لانها منعت المبدل ولم تسلمه فلا تستحق البدل وان

كان ارتدادها بعد الدخول فلها المهر كاملا لاستقرار المهر بالدخول ولكن لا نفقة لها لانها
عاصية **قوله** والجامع ما بيناه وهو ما ذكره قبل هذا قريبا من الورقة بقوله لما ان
بالاباء امتنع عن الامساك بالمعروف مع قدرته عليه بالاسلام فينوب القاضي منابه في
التسريح فكذا بالردة امتنع عن الامساك فناب القاضي منابه **قوله** وابو يوسف مر
على ما اصلنا له في الاباء وهو ان الفرقة بسبب يشترك فيه الزوجان فلا يكون طلاقا كالفرقة
بسبب الملك وهذا ينتقض بالخلع **قوله** لكونها منافية للعصمة اي لكون الردة منافية
للعصمة ولا بقا للنكاح مع زوال العصمة فلا يكون الفرقة بالردة طلاقا **قوله**
واذا ارتدا معا ثم اسلما معا فهما على نكاحهما وهذا الذي ذكره القدوري في مختصره استحسان
والقياس ان يقع الفرقة وهو قول زفر وبه قال الشافعي كذا في شرح الاقطع لزفر ان في
ردتهما ردة احدهما منافية للنكاح فكذا ردتهما ولان ردتهما تنافي ابتدا النكاح فلان تنافي
بقا النكاح اولى وجه الاستحسان ما روي اصحابنا رضي الله عنهم في المبسوط وغيره ان بني
حنيفة ارتدوا بمنع الزكاة وبعث اليهم ابو بكر الصديق رضي الله عنه الجيوش حتى اسلموا
ولم يامرهم بتجديد الانكحة ولا احد من الصحابة رضي الله عنهم واجماعهم حجة يترك بها القياس
فان قيل من الجائز انهم ارتدوا على التعاقب فمن اين
يعرف انهم ارتدوا معا بل الغالب التعاقب في الردة وهو الظاهر قلنا
سكوت الصحابة عن تجديد الانكحة دليل على عدم التعاقب لانه لو كان ارتدادهم على التعاقب
لامروا بتجديد الانكحة لان السكوت عن الحق لا يليق بحالهم او نقول لما جهل التاريخ ولم يترجح
سبق البعض على البعض لفقد الدليل جعلوا كانهم ارتدوا معا كما في الغرقى والحرقى والفقه
في المسالة انه لم يختلف بهما دين ولا دار فلا يقع الفرقة كالمجوسيين والمسلمين واعتبار البقا
بالابتدا لا يصح فان عدة الغير مانعة جواز النكاح ابتدا وليست بمانعة لبقائه كالموطوة
بشبهة واعتبار الردة بالحرمية من حيث ان كل واحدة منهما يوجب حرمة المحل هذا اذا ارتدا
معا ولم يلحق احدهما بدار الحرب اما اذا لحق احدهما بدار الحرب بعد ارتدادهما معا فقال
في شرح الطحاوي وقعت الفرقة يعني لتباين الدارين **قوله** ولو اسلم احدهما بعد
الارتداد فسد النكاح بينهما وذلك لان ردة من اصر منافية للنكاح فصار الاصرار كانشاء
الردة حتى لا يجب لها شي ان كان المسلم هو الزوج قبل الدخول وان كانت هي التي اسلمت قبل الدخول
فلها نصف الصداق وان وجد الدخول فلها المهر كاملا في الوجهين لان المهر يستقر بالدخول
ويصير دينا في ذمة الزوج والديون لا تسقط بالردة والله اعلم **باب
القسم** لما ذكر ركن النكاح وشرائطه وعدد ما يحل من النسا وما يتعلق به من الفساد الطاري
في البضع بسبب الشرك والردة شرع في بيان العدل بين النساء في القسمة والقسم بفتح القاف
مصدر وهو الرواية عن شيوخنا هنا وبالكسر نصيب **قوله** واذا كان للرجل امراتان
حرتان فعليه ان يعدل بينهما في القسم بكرين كانتا او ثيبين او كانت احداهما بكرا والاخرى ثيبا
وهذه من مسائل القدوري وانما قال بلفظ التذكير وان كان مسندا الى المونث الحقيقي لوقوع
الفصل كقولهم حضر القاضي اليوم امراة وكقول جرير لقد ولد الاخيطل ام سوء وانه جائز
خلافا للمبرد وقد عرف في كتب النحو وانما قال حرتان ليشمل الحكم المسلمة والكتابية والمراهقة
والمجنونة والبالغة جميعا لانه اذا كانت احداهما مسلمة والاخرى كتابية يعدل بينهما في

القسم وكذا بين العاقلة والمجنونة وبين المراهقة والبالغة للمساواة في سبب القسم وهو الحل الثابت بالنكاح
خلاف ما اذا تزوج حرة على امة وسيجي بيان ذلك وهذا احد هنا وعند الشافعي اذا كانت الحديثة ثيبا
اقام عندها ثلاث ليال واذا كانت بكرا اقام سبعا ثم يدور بالتسوية بعد ذلك له ما روي في السنن
مسندا الى خالد الحذاء عن ابي قلابة عن انس بن مالك رضي الله عنه قال اذا تزوج البكر على الثيب اقام عندها
سبعا واذا تزوج الثيب اقام عندها ثلاثا قال خالد ولو قلت انه رفعه لصدقت ولكنه قال السنة كذلك
وروي عن ام سلمة رضي الله عنها ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما تزوجها قال لها ليس بك على اهلك
هوان ان شئت سبعت لك والا فثلثت ثم ادور ولنا قوله تعالى فان خفتم ان لا تعدلوا فواحدة او ما ملكت
ايمانكم فهذا يدل على وجوب التسوية في القسم بين النساء ثم قال ذلك ادنى ان لا تعولوا معناه ان لا
تجوروا وهو المنقول عن اهل اللغة ومنه حديث ام سلمة حين قالت لعايشة حين خرجت الى البصرة
علت اي جرت وروي في السنن مسندا الى ابي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه
قال من كانت له امراتان فمال الى احداهما جا يوم القيامة وشقه مايل واخرجه الترمذي والنسوي
وابن ماجة وهذا ايضا على وجوب التسوية لاشتماله على الوعيد وروى عن عايشة رضي
الله عنها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم فيعدل ويقول اللهم هذا قسمي فيما املك فلا
تواخذني فيما تملك ولا املك يعني به زيادة حبه لبعض نسايه فثبت بعموم النصوص ان البكر
والثيب سوا في القسم لانه لا تفصيل فيها ولانهن مستويات حالة البقا فوجب ان يستوين حالة
الابتدا ايضا اصله اذا تزوجهن في عقد واحد والجواب ــــــــــــــــــ عما رواه
الشافعي فنقول ان الصحيح من الرواية ان شئت سبعت لك وان سبعت لك سبعت لنسايي هكذا
اثبت صاحب السنن وذلك لا يدل على عدم التسوية واما التثليث المذكور في اخر الحديث فانه
غريب لا يحتج به ولهذا لم يروه صاحب السنن ولين صح فنقول معناه ثم ادور بالثلاث على سائر
نسايي توفيقا بين النصوص واما حديث انس فانه ليس بمرفوع والموقوف ليس بحجة عند الخصم
فكيف يحتج به علينا قوله في القسم عند ذكر الحديث بعد ومال الى احداهما في ثبوته نظر
قوله ولا فصل فيما روينا والقديمة والجديدة سوا لاطلاق ما روينا اراد به الحديثين المذكورين
قبل هذا ولكن هذا تكرار من صاحب الهداية بلا فايدة لان عدم الفصل فيما رواه يعلم من قوله
لاطلاق ما روينا وما كان يحتاج الى ذكرهما جميعا قوله بينهن في ذلك اي بين النسا في النكاح
قوله والاختيار في مقدار الدور الى الزوج يعني ان شا ثلث لكل واحدة وان شا سبع لكل
واحدة الى غير ذلك وليس للمراة ان تقول بت ليلة عندي وليلة اخرى عند صاحبتي لان
المقصود هو العدل وذلك حاصل كيف كان قوله لان المستحق هو التسوية لا طريقه اي
الواجب على الزوج هو العدل بين النسا لا طريق العدل يعني يبيت عند احدى المراتين مثل
ما يبيت عند الاخرى فان بات عند هذه ليلة فيبيت عند الاخرى كذلك وكذا اذا بات عندها
ليلتين او ثلاثا او اربعا يبيت عند الاخرى مثل ذلك وليس لها ان تقول له بت عندي ليلة
وعند صاحبتي مثل ذلك لان المستحق عليه العدل لا طريقه لان طريقه مفوض الى الزوج
وتذكير الضمير في طريقه وان كان راجعا الى التسوية لارادة العدل ومثل ذلك جايز كما في
قوله ولا ارض ابقل ابقالها قوله والتسوية المستحقة في البيتوتة لا في المجامعة
قال في شرح الكافي وهذه التسوية في البيتوتة عندها للصحبة والمواسنة لا في المجامعة لان
ذلك شي يبتني على النشاط فلا يقدر على اعتبار المساواة فيه وهو نظير المحبة بالقلب ثم قال فيه اذا

كان للرجل امراة واحدة فعلى ظاهر الرواية لا يتعين حقها في يوم وليلة من كل اربع ليال ولكنه
يومر الزوج بان يراعي قلبها ويبيت معها احيانا وروي الحسن عن ابي حنيفة اذا خاصمته المراة
في ذلك فيقضي القاضي لها بليلة من كل اربع ليال لان للزوج ان يسقط حقها عن ثلاث ليال بان
يتزوج ثلاثا سواها وليس له ان يسقط من حقها اكثر من ذلك ووجه الظاهر ان التسوية انما
تكون عند المزاحمة ولا مزاحمة هنا ولكن يونسها بصحبته احيانا من غير ان يكون في ذلك شي
موقت فان خاصمت في ان لا يصوم دونها ولا يقوم فذلك ليس بشي قوله وان كانت احداهما
حرة والاخرى امة فللحرة الثلثان من القسم وللامة الثلث يعني اذا تزوج حرة على امة يبيت عند الحرة
ليلتين وعند الامة ليلة واحدة لما روي عن علي رضي الله عنه انه قال للحرة الثلثان من القسم وللامة
الثلث ولم يرو عن احد خلافه فحل محل الاجماع ولان الرق منصف على ما عرف في الاصول الا ترى
الى قوله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب فيبيت عند الامة نصف ما يبيت عند
الحرة فيكون الثلث والثلثان باعتبار حاصل العدد وكذلك الحكم فيما اذا تزوج حرة على مدبرة او
مكاتبة او ام ولد فان الرق فيهن ثابت كما في الامة قال الطحاوي في مختصره وان كانت له زوجة
واحدة حرة وطالبته من الواجب من القسم من نفسه كان عليه ان يقسم لها يوما وليلة ثم يتصرف
في امور نفسه ثلاثة ايام وثلاث ليال وان كانت زوجته هذه امة والمسئلة على حالها كان لها
من كل سبعة ايام يوم ومن كل سبع ليال ليلة لان له ان يتزوج عليها ثلاث حراير فيكون الواجب
لكل واحدة منهن من القسم يومين وليلتين ولها يوم وليلة الى هنا لفظ الطحاوي قوله
ولا حق لهن في القسم حالة السفر يسافر الزوج بمن شا منهن والاولى ان يقرع بينهن وعند الشافعي
الاقراع مستحق عليه حتى اذا سافر ببعضهن بلا اقراع يكون عند كل واحدة من الباقيات بمثل تلك
المدة ليتحقق العدل لما روي في السنن عن عايشة رضي الله عنها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم
اذا اراد سفرا اقرع بين نسايه فايتهن خرج سهمها خرج بها معه واخرجه البخاري والنسوي
وابن ماجة مختصرا ومطولا ولنا انه لا حق لهن في السفر اصلا ولهذا كان له ان لا يستصحب واحدة
منهن فلا يجب الاقراع والحديث محمول على تطييب القلوب حتى لا يظن الميل منه عليه السلام الى
بعض نسايه ونحن نقول به ايضا ولهذا قلنا باستحباب القرعة وانما قيد بالسفر احترازا عن
المرض اذ لا يسقط به حقهن في القسم لما روي في السنن مسندا الى عايشة رضي الله عنها قالت
بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم الى النسا يعني في مرضه فاجتمعن فقال اني لا استطيع ان
ادور بينكن فان رايتن ان تاذن لي فاكون عند عايشة فعلتن فاذن له فلو كان القسم يسقط له
بالمرض لم يستاذن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال شمس الايمة السرخسي في شرح الكافي ولو اقام
عند احداهما شهرا ثم خاصمته الاخرى في ذلك فيقضي عليه ان يستقبل العدل بينهما وما مضى فهو
هدر غير انه فيه اثم فان عاد الجور بعدما نهاه القاضي اوجعه عقوبة وعزره لانه ارتكب ٥
ما هو حرام قوله ولا يحتسب عليه بتلك المدة اي لا يحتسب على الزوج مدة السفر يعني اذا
سافر باحدى المراتين شهرا مثلا لا يومر ان يكون عند الاخرى شهرا اخر بل يسوي بينهما في الحضر
ابتدا قوله وان رضيت احدى الزوجات بترك قسمها لصاحبتها جاز وذلك لما قال محمد بن
الحسن في المبسوط بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لسودة اعتدي فسالته بوجه
الله ان يراجعها وتجعل يومها لعايشة لان تحشر يوم القيامة مع ازواجه ونزل قوله تعالى
وان امراة خافت من بعلها نشوزا او اعراضا فلا جناح عليهما ان يصالحا بينهما صلحا في المراة تكون

عند الرجل فتفوت ان يغار فتهب قسمها لصاحبتها كما وهبت سودة يومها لعايشة رضي الله
عنها حين كبرت واسنت كذا في السنن وغيره وسودة ام المومنين بنت زمعة بن قيس بن
عبد شمس بن عبد ود بن نصر بن مالك بن حسل بن عامر بن لوي بن غالب كانت اولا عند السكران بن عمرو
وقيل السكران بن العبد اق فهاجر بها الى ارض الحبشة ثم قدم بها فمات عنها وتزوجها النبي عليه السلام
بعد الوحي بمكة وطلقها ثم راجعها ووهبت يومها لعايشة رضي الله عنها امها الشموس بنت قيس بن
زيد بن عمرو بن لبيد بن خداش بن عامر بن غنم بن عدي بن النجار الانصاري قال عبد الله بن محمد بن عقيل
تزوجها بعد عايشة وخالفه قتادة والزهري واكثر اهل العلم فقالوا تزوج بعد موت خديجة سودة
ثم عايشة رضي الله عنهم وتوفيت سودة في اخر زمان عمر رضي الله عنه **قوله** ولها ان ترجع في ذلك اي
للمراة ان ترجع في قسمها بعد ان وهبت لصاحبتها لانها اسقطت حقا لم يجب بعد فلم يكن اسقاطها ملزما فلها
المطالبة بعد ذلك عند وجوب الحق قال الحاكم الشهيد رحمه الله في مختصر الكافي والمجبوب والخصي
والعنين في القسمة بين النسا سوا وكذلك الغلام الذي لم يحتلم وقد دخل بامراته لان حقوق العباد
تتوجه على الصبيان عند تقرر السبب واذا اجعلت المراة لزوجها جعلا على ان يزيدها في القسمة
يوما ففعل لم يجز ويرجع في مالها وكذلك لو حطت عنه شيا من المهر على هذا الشرط وكذلك ان زادها
الزوج في مهرها او جعل لها جعلا على ان تجعل يومها لفلانة فهو باطل لانه رشوة وهي حرام
والله اعلم

كتاب الرضاع

لما كان المقصود من النكاح هو التوالد
والتناسل والولد لابد له من الرضاع ناسب ذكر الرضاع عقيبه او نقول الرضاع سبب التحريم
كالنسب لقوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب فكان ينبغي ان يذكر في هذا في
المحرمات لكن افرده بكتاب على حدة لاختصاص مسايل مثل شهادة النسا في الرضاع ومثل
خلط اللبن بالدوا وغير ذلك والرضاع مص الولد ثدي الام وفيه لغات هو والرضاعة بفتح
الرا وكسرها فيهما والرضع واللغة العالية رضع يرضع من باب علم رضعا ورضاعة فاما اهل
نجد فيقولون رضع يرضع من باب ضرب **قوله** قليل الرضاع وكثيره اذا حصل في مدة الرضاع
تعلق به التحريم وهذه من مسايل القدوري ومذهب سفيان الثوري ومالك بن انس والاوزاعي
وعبد الله بن المبارك مثل مذهبنا في ان قليل الرضاع يثبت به التحريم وقال الشافعي لا يثبت الحرمة
الا بخمس رضعات يكتفي الصبي بكل واحدة منها وهو مذهب اسحاق واحمد بن حنبل وقال نفاة
القياس بثلاث رضعات وهو قول زيد بن ثابت رضي الله عنه كذا في شرح الاقطع وجه قول
الشافعي رحمه الله ما روي في السنن وغيره مسندا الى عايشة رضي الله عنها انها قالت كان فيما انزل
الله من القران عشر رضعات يحرمن ثم نسخن بخمس رضعات معلومات يحرمن فتوفي النبي صلى الله عليه
وسلم وهن مما يقرا من القران وروي في السنن مسندا الى عايشة رضي الله عنها قالت قال رسول
الله صلى الله عليه وسلم لا تحرم المصة ولا المصتان ولنا قوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم
واخواتكم من الرضاعة بيانه انه تعالى اثبت الحرمة بمطلق الارضاع ولم يشترط العدد والزيادة
عليه لا تجوز بخبر الواحد وروي في السنن مسندا الى عروة عن عايشة رضي الله عنها ان النبي صلى
الله عليه وسلم قال يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة وروي في الجامع الترمذي مسندا الى
سعيد بن المسيب عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان
الله حرم من الرضاع ما حرم من النسب ووجهه ان الرضاع مصدر يشتمل على القليل والكثير فلا
يشترط العدد ولان الرضاع معنى يوجب تحريما موبدا فوجب ان يثبت حكم الحرمة بمرة واحدة

كالوطي في النكاح وقال الشيخ ابو بكر الرازي في اصول فقهه في باب القول بالعموم وقيل لابن عمر رضي
الله عنهما ان ابن الزبير يقول لا تحرم الرضعة ولا الرضعتان فقال قضا الله اولى من قضا الزبير قال
تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة وقول عايشة رضي الله عنها فتوفي رسول
الله صلى الله عليه وسلم وهن مما يقرا من القران ضعيف لانه لو كان متلوا بعد رسول الله صلى الله
عليه وسلم فلما ذا لا يتلى الان ومثل ذلك يويد قول الروافض فانهم يقولون ذهب كثير من القران
بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يثبته الصحابة في المصحف والحديث الاخر منسوخ بدليل
ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما انه سيل عن الرضاع فقيل له ان الناس يقولون لا تحرم
الرضعة ولا الرضعتان فقال كان ذلك فاما اليوم فالرضعة الواحدة تحرم وقال ابن مسعود رضي
الله عنه ال امر الرضاع الى ان قليله وكثيره يحرم **قوله** ولا الاملاجة ولا الاملاجتان هذا
من تتمة الحديث على ما ذكره صاحب الهداية ولكن ليس يثبت في الاصول من كتب الحديث ولهذا
لم يثبته الترمذي في جامعه وابو داود في سننه بل رويا لا تحرم المصة ولا المصتان ومعنى
الاملاجة الارضاعة والتا للوحدة **قوله** من غير فصل اي بين القليل والكثير **قوله**
ولان الحرمة وان كانت لشبهة البعضية الثابتة بنشو العظم لكنه امر مبطن وهذا جواب
لسوال مقدر بان يقال ينبغي ان لا يثبت حكم الرضاع الا بالكثير لان القليل لا يحصل به نشوز
العظم وانبات اللحم قال عليه السلام الرضاع ما انشر العظم وانبت اللحم فقال انشاز العظم
وانبات اللحم امر مبطن فيه خفا والرضاع سبب ظاهر فاقيم مقام الامر الخفي فتعلق حكم الحرمة
بمجرد الارضاع قال في ديوان الادب نشز الشي اي ارتفع وانشزه اي حركه وقال ثعلب في اماليه
في قوله تعالى الى العظام كيف ننشزها نرفع بعضها على بعض وقال في المعرب الانشاز الاحيا
وفي التنزيل اذا شا انشره ومنه لا رضاع الا ما انشر العظم اي قواه وشده كانه احياه
ويروى بالزاي **قوله** امر مبطن والمبطن بفتح الطا المشددة يقال رجل مبطن اي
خميص البطن واراد به هنا الخفي مجازا **قوله** وما رواه احد مردود بالكتاب او منسوخ به
اي ما رواه الشافعي من قوله عليه السلام لا تحرم المصة ولا المصتان مردود او منسوخ بيانه
ان الحديث لا يخ اما ان يكون واردا قبل نزول قوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم او بعده فان
كان قبله يكون منسوخا بالكتاب وان كان بعده يكون مردودا به لقوله عليه السلام اذا روي
عني حديث فاعرضوه على كتاب الله فان وافق فاقبلوه وان خالف فردوه وان فرض ورودهما
معا يكون مردودا ايضا لمخالفة الكتاب **قوله** وينبغي ان يكون في مدة الرضاع على ما
نبين اي ينبغي ان يكون الرضاع الذي يتعلق به التحريم في مدة الرضاع لا بعدها وفي مدتها
اختلاف وسنبينه بعد هذا ان شا الله تعالى **قوله** ثم مدة الرضاع ثلاثون شهرا عند ابي حنيفة
رضي الله عنه وقالا سنتان وهو قول مالك والشافعي واحمد رحمهم الله ثم اعلم ان مدة الرضاع التي
يثبت فيها التحريم به فيها اختلاف قال ابو حنيفة سنتان ونصف ثلاثون شهرا فبعد ذلك لا يكون
رضاعا سوا فطم او لم يفطم وقال ابو يوسف ومحمد سنتان سوا فطم او لم يفطم وقال زفر ثلاث
سنين فبعد ذلك لا يكون رضاعا سوا فطم او لم يفطم وقال بعضهم يثبت الرضاع الى خمس عشرة
سنة وقال بعضهم الى اربعين سنة وقال بعضهم الى جميع العمر كذا قال الامام الاسبيجابي في
شرح الطحاوي واجمعوا ان مدة الرضاع في حق استحقاق الاجر على الاب سنتان كذا في خلاصة الفتاوى
وجه قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله قوله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين لمن

اراد ان يتم الرضاعة ولان وجود الرضاع بعد تمامه والكماله وقوله تعالى وفصاله في عامين ولا رضاع
بعد الفصال لما روي في الجامع الترمذي عن ام سلمة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يحرم من
الرضاع الا ما فتق الامعاء في الثدي وكان قبل الفطام وقوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا
ومدة الحمل اقلها نصف سنة فبقي سنتان للفصال ولان الظاهر ان الرضيع يكتفي في الحولين باللبن
وبعدهما لا يكتفي به فكان كالكبير والطحاوي في مختصره اخذ بقولهما ولابي حنيفة رضي الله عنه
قوله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين لمن اراد ان يتم الرضاعة ثم قال فان ارادا
فصالا عن تراض منهما وتشاور فلا جناح عليهما اي على الاب والام اثبت الفصال بعد الحولين بالتراضي
وهذا يدل على بقاء حكم الرضاع بعد الحولين فعلم من هذا ان المراد من قوله تعالى لمن اراد ان يتم
الرضاعة مدة يستحق فيها الولد الرضاع ولا بد لذلك على ان بعد مدة مستحقة لا يثبت حكم الرضاع
فحمل ابو حنيفة الاية على استحقاق الاجر في الحولين فحسب لا ان التحريم بعده لذلك لا يثبت بالرضاع
ولهذا قال في شرح الشافي وبلاف ان ابا حنيفة يقول مدة الرضاع في حق التحريم حولان ونصف
فاما في حق وجوب اجر الرضاع على الاب فحولان حتى ان الام المطلقة اذا طلبت الاجر بعد
الحولين ولا ترضع بلا اجر لم يجبر الزوج على اجر الرضاع فيما زاد على الحولين بخلاف ما قبله
الحولين وقوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا بيانه ان الله تعالى جعل ثلاثين شهرا مدة للحمل
والفصال والظاهر انها مدة لكل واحد منهما كالاجل المضروب للدينين وقد دل الدليل المنقص
في احدهما وهو ما روي عن عائشة رضي الله عنها ان الولد لا يبقى في البطن اكثر من سنتين فبقيت
المدة في حق الاخر وهو الفصال على حالها وهو ثلاثون شهرا العدم المنقص ولان الرضيع لا يحصل
فطامه في ساعة واحدة بل يفطم بالتدريج على وجه يبقى اللبن ويتعود بالطعام فلا بد من زيادة
مدة على الحولين فقدرناها بادنى مدة الحمل وهي ستة اشهر لانها مدة يتنقل فيها الصبي من غذاء الى غذاء
وهذا لان غذاء الجنين غير غذاء الرضيع فكذا غذاء الفطيم غير غذاء الرضيع فاعتبرنا انتهاء الغذاء
بابتدائه فافهم وقال زفر لما وجبت الزيادة على الحولين وثبت حكم الرضاع في اول الحول الثالث
وجب القول بتكميله كما في السنة الاولى والثانية ولان الحول حسن للتحول من حال الى حال
كما عرف في اجل العنين **قوله** حسن للتحول يعني صالح له **قوله** لما بين اشارة الى قوله
ولانه لا بد من تغير الغذاء لينقطع الانبات باللبن **قوله** وله هذه الاية اي لابي حنيفة هذه
الاية وهي قوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا **قوله** فكانت لكل واحد منهما بكمالها اي
كانت المدة لكل واحد من الشيئين بكمال المدة **قوله** كالاجل المضروب للدينين بان قال مثلا
لفلان علي الف درهم وعشرة اقفزة الى سنة فصدقه المقر له في الاجل فاذا مضت السنة يتم
اجلهما جميعا **قوله** وعليه يحمل النص المقيد اي على الاستحقاق اي على استحقاق الصبي
الرضاع يحمل قوله تعالى حولين كاملين بدليل قوله فان ارادا فصالا ولو ذاك لان الرضاع لو
كان حراما بعد الحولين لم يرد بالرضا لانه لا اثر للرضا في زوال الحرمة الثابتة شرعا **قوله**
واذا مضت مدة الرضاع لم يتعلق بالرضاع تحريم قال ابو بكر الرازي رحمه الله
في شرحه لمختصر الطحاوي روي عن عائشة وابي موسى ان رضاع الكبير يحرم وهو قول الليث
بن سعد واستدل بحديث سالم مولى ابي حذيفة الذي نذكره ولنا ما روي في الصحيح البخاري عن
عائشة رضي الله عنها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الرضاعة من المجاعة اي الرضاع
المعتبر ما كان بسبب الجوع يعني ما كان يرد الجوع وهذا لا يكون في ارضاع الكبير لان جوعه لا يرده

الا الطعام فلا يعتبر ذلك رضاعا شرعا وروي في السنن مسندا الى ابن مسعود عن النبي صلى الله عليه
وسلم انه قال لا رضاع الا ما انشز العظم وانبت اللحم وذلك لا يكون في الكبير ولهذا قال الشيخ ابو
الحسن الكرخي في مختصره والرضاع المحرم عند اصحابنا جميعا ما كان في الصغر مما اذا اقتصر
عليه اكتفى به المرضع وينبت عليه لحمه وينشز عليه عظمه فاذا جاع كانت مجاعته اليه هو يدفع
جوعته ويغنيه عن غيره وروي في المبسوط عن علي وابن مسعود قالا لا رضاع بعد الفصال
واضافه صاحب الهداية الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وكانه نقل الحديث بالمعنى وذلك
جائز عندنا وقد روينا الحديث عن الجامع الترمذي قبل هذا عن ام سلمة عن رسول الله صلى
الله عليه وسلم قال لا يحرم من الرضاع الا ما فتق الامعاء وكان قبل الفطام ابو بكر الرازي
ذكره في شرح الطحاوي مرسلا فقال روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا رضاع بعد
فصال وقال محمد بن الحسن في موطاه اخبرنا مالك قال اخبرنا عبد الله بن دينار قال جاء رجل
الى عبد الله بن عمر وانا معه عند دار القضاء يساله عن رضاعة الكبير فقال عبد الله بن
عمر جاء رجل الى عمر بن الخطاب فقال كانت لي وليدة فكنت اصيبها فعمدت امراتي اليها فارضعتها
فدخلت عليها فقالت امراتي دونك فقد والله ارضعتها قال عمر اوجعها واءت جاريتك فانما
الرضاعة رضاعة الصغر وروى صاحب السنن باسناده الى مسروق عن عائشة ان رسول
الله صلى الله عليه وسلم دخل عليها وعندها رجل فشق ذلك عليه وتغير وجهه فقالت يا رسول
الله انه اخي من الرضاعة فقال انظرن من اخوانكن فانما الرضاعة من المجاعة فان قلت
قد صح ارضاع الكبير ايضا وهو ما روي في السنن عن عروة بن الزبير عن عائشة زوج النبي صلى الله
عليه وسلم وام سلمة ان ابا حذيفة بن عتبة بن ربيعة بن عبد شمس كان تبنى سالما وانكحه ابنة اخيه
هند بنت الوليد بن عتبة بن ربيعة وهو مولى لامراة من الانصار كما تبنى رسول الله زيدا
وكان من تبنى رجلا في الجاهلية دعاه الناس اليه وورث ميراثه حتى انزل الله عز وجل في ذلك
ادعوهم لابائهم الى قوله فاخوانكم في الدين ومواليكم فردوا الى ابائهم فمن لم يعلم له اب كان
مولى واخا في الدين فجاءت سهلة بنت سهيل بن عمرو القرشي ثم العامري وهي امراة ابي حذيفة
فقالت يا رسول الله انا كنا نرى سالما ولدا فكان ياوي معي ومع ابي حذيفة في بيت
وبراني فضلا وقد انزل الله عز وجل فيهم ما قد علمت فكيف ترى فيه فقال لها النبي صلى الله
عليه وسلم ارضعيه فارضعته خمس رضعات فكان بمنزلة ولدها من الرضاعة فبذلك
كانت عائشة تامر بنات اخواتها وبنات اخوتها ان يرضعن من احبت عائشة ان يراها
ويدخل عليها وان كان كبيرا خمس رضعات ثم يدخل عليها وابت ام سلمة وسائر ازواج
النبي صلى الله عليه وسلم ان يدخل عليهن بتلك الرضاعة احد من الناس حتى يرضعن في المهد
وقلن لعائشة والله ما ندري لعلها كانت رخصة من النبي صلى الله عليه وسلم لسالم دون
الناس قلت [illegible] ذلك منسوخ بدليل ما روينا من الاحاديث
ويدل عليه انكار ام سلمة وسائر ازواج النبي صلى الله عليه وسلم ورضي عنهن ويشبه
ان تكون عائشة قد رجعت عن قولها في تحريم رضاع الكبير بدليل ما روت عائشة عن رسول
الله صلى الله عليه وسلم بخلاف ذلك **قوله** ولا يعتبر الفطام قبل المدة الا في رواية
عن ابي حنيفة رضي الله عنه بيانه فيما ذكر في المبسوط فان فطم الصبي قبل الحولين ثم ارضع
في مدة ثلاثين شهرا عند ابي حنيفة وفي مدة الحولين عندهما فالظاهر من مذهبهما وهو

قول ابي حنيفة انه يثبت به الحرمة لوجود الارضاع في المدة وصار الفطام كان لم يكن وقد روى الحسن عن ابي حنيفة قال هذا اذا لم يتعود الصبي الطعام حتى لا يكتفي به بعد الفطام فاما اذا صار بحيث يكتفي بالطعام لا يثبت الحرمة بالرضاع بعد ذلك لان اللبن يومئذ لا يغذيه فلا يحصل به معنى التعصية قوله ووجهه انقطاع النشو اي وجه اعتبار الفطام على تلك الرواية فيما اذا استغنى الصبي بالطعام عن اللبن هو انقطاع النشو الحاصل باللبن يعني ان نشو الصبي باللبن ينقطع بعد استغنائه بالطعام لتغير غذائه لان غذاءه كان لبنا فصار طعاما فلا يثبت الحرمة برضاع اللبن بعد ذلك ولهذا قال عليه السلام لا يحرم من الرضاع الا ما فتق الامعاء وكان قبل الفطام قوله وهل يباح الارضاع بعد المدة قال بعض مشايخنا لا يباح وذلك لان اللبن جزء الادمي ولا يجوز ان يكون الادمي او جزؤه مبتذلا ممتهنا الا ان الاباحة في المدة لضرورة بقاء الولد والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة فلا يباح بعد المدة لزوال الضرورة وسوا ان يكون الارضاع من الام او من الاجنبية قوله قال يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب اي قال القدوري في مختصره والاصل فيه الحديث وهو قوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب اعلم ان كل ما يحرم من جهة النسب يحرم من جهة الرضاع الا في مسئلتين احدهما يجوز نكاح ام اخته او اخيه من الرضاع ولا يجوز نكاح ام اخته او اخيه من النسب وذلك لان ام الاخت او الاخ من النسب لا يخلو من احد الامور الثلاثة اما ان تكون ام الاخت او الاخ لاب وام او لام او لاب ففي الوجهين الاولين تكون الام ام المتزوج فلا يجوز نكاح الام وفي الوجه الثالث تكون الام موطوءة الاب فيثبت حرمة المصاهرة فلا يجوز للابن ان يتزوج موطوءة ابيه بالمصاهرة لا بالنسب ولا يوجد هذا المعنى اعني المصاهرة في ام الاخت من الرضاع فيجوز نكاحها والثانية يجوز نكاح اخت الولد من الرضاع ولا يجوز نكاح اخت الولد من النسب لان في النسب انما لا يجوز لان اخت الولد بنت المراة التي دخل بها فثبتت الحرمة بالمصاهرة لا بالنسب ولم يوجد هذا المعنى في الرضاع فافهم ثم اعلم ان المصنف لو قال في المسئلة الاولى ام اخته او اخيه لكان اولى لان الحكم في الوجهين واحد وكذا في المسئلة الثانية لو قال اخت ولده ليشمل الذكر والانثى لكان اولى ثم قوله ام اخته من الرضاع يحتمل ثلاثة اوجه اما ان يتعلق كلمة من بالاخت وحدها بان ترتضع الصبية ام الصبي الاجنبي فيجوز للصبي ان يتزوج ام تلك نسبا واما ان تتعلق بالام وحدها بان ترتضع اخت الصبي نسبا امراة اجنبية فيجوز للصبي ان يتزوج تلك المراة التي ارضعت اخت الصبي واما ان تتعلق بالام والاخت جميعا بان ارضعت الاجنبية صبيا وصبية اجنبيين فتكون الصبية اخت الصبي رضاعا وام الصبية نسبا تكون ام الصبي رضاعا من حيث ان الصبية ارتضعت مع هذا الصبي من ثدي واحد فيجوز للصبي ان يتزوج ام الصبية نسبا لانها اجنبية لم ترتضعها الصبي ولم يثبت بينهما المصاهرة فافهم وقد خطر بخاطري في هذا المقام بيتان لضبط المسئلتين وهما هذان ه ه ه

تزوج ام اختك من رضاع • ومن نسب محرمة لداعي
واخت ابن رضاعي حلال • وما نسب يجوزها لساعي

قوله الا ام اخته من الرضاعة استثنا من قوله يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب قوله لانها تكون امه او موطوءة ابيه اي لان ام اخته من النسب تكون امه اذا كانت الاخت لاب وام او لام او تكون ام اخته موطوءة ابيه اذا كانت الاخت لاب وقد

مر البيان

مر البيان قوله لما وطي امها حرمت عليه يعني لما وطي الاب ام اخت الابن حرمت اخت الابن على الاب بالمصاهرة وقد بيناه قوله وامراة ابيه او امراة ابنه من الرضاع لا يجوز ان يتزوجها اي لا يجوز ان يتزوج امراة ابيه من الرضاع وكذا لا يجوز ان يتزوج امراة ابنه من الرضاع لما روينا اي لقوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وعند الشافعي يجوز تزوج حليلة الابن من الرضاع وقد بيناه في اول فصل المحرمات قوله وذكر الاصلاب لاسقاط اعتبار التبني يعني ان الله تعالى قال وحلائل ابنائكم الذين من اصلابكم عند ذكر المحرمات اسقاطا لاعتبار الابن المتبنى لانهم كانوا في الجاهلية يعتقدونه ابنا وحليلته حراما لا لاسقاط اعتبار الابن الرضاعي وقد بيناه في فصل المحرمات بوجه مقنع وشرح مشبع والى ذلك الموضع اشار المصنف بقوله على ما بيناه قوله ولبن الفحل يتعلق به التحريم وهو ان ترضع المراة صبية فتحرم هذه الصبية على زوجها وعلى ابائه وابنائه ويصير الزوج الذي نزل لها منه اللبن ابا للمرضعة وهذه من مسائل القدوري وهذا الذي ذكره هو قول اكثر السلف وعامة الفقها وروى سعيد بن المسيب وابراهيم النخعي ان لبن الفحل لا يحرم كذا في شرح الاقطع وهو احد قولي الشافعي كذا في المبسوط وقال الخطابي في شرح السنن وقد قال عامة الفقها بتحريم لبن الفحل الا نفرا يسيرا منهم اسماعيل بن علية وداود الاصفهاني وقد روي ذلك عن ابن المسيب الى هنا لفظ الخطابي حجتهم ان الله تعالى ذكر حرمة الرضاع في جانب النسا فقال وامهاتكم اللاتي ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة فلو كانت الحرمة تثبت من جانب الرجال لبينها الله تعالى كما بين الحرمة بالنسب والاصل فيه ما روي في الموطا والصحيح البخاري مسندا الى عروة بن الزبير عن عايشة رضي الله عنها ان افلح اخا ابي القعيس جا يستاذن عليها وهو عمها من الرضاعة بعد ان نزل الحجاب قالت فابيت ان اذن له فلما جا رسول الله صلى الله عليه وسلم اخبرته بالذي صنعت فامرني ان اذن له علي وروي في السنن ايضا مسندا الى عروة عن عايشة قالت دخل علي افلح فاستترت منه فقال تستترين مني وانا عمك قالت قلت من اين قال ارضعتك امراة اخي قالت انما ارضعتني امراة ولم يرضعني الرجل فدخل علي رسول الله صلى الله عليه وسلم فحدثته فقال انه عمك فليلج عليك واخرجه البخاري ومسلم والترمذي والنسائي وابن ماجة وروي في الصحيح البخاري ايضا مسندا الى عمرة بنت عبد الرحمن ان عايشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم اخبرتها ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان عندها وانها سمعت صوت رجل يستاذن في بيت حفصة قالت فقلت يا رسول الله هذا رجل يستاذن في بيتك فقال النبي صلى الله عليه وسلم اراه فلانا لعم حفصة من الرضاعة قالت عايشة لو كان فلان حيا لعمها من الرضاعة دخل علي فقال نعم الرضاعة تحرم ما يحرم الولادة وهذا مما اتفق عليه البخاري ومسلم وفي الموطا سيل ابن عباس عن رجل كانت له امراتان فارضعت احداهما غلاما وارضعت الاخرى جارية فقيل له هل يتزوج الغلام الجارية قال لا اللقاح واحد فثبت بهذه الاحاديث ان لبن الفحل يحرم لان حكمه حكم النسب والحرمة في النسب تثبت من الجانبين اعني من جانب الرجال والنسا فكذا الحرمة في الرضاع فان قلت لو نزل اللبن من ثندوة الرجل فارضع صبية لا يثبت الحرمة فلان لا تثبت بفعل غيره اولى قلت انما لم يثبت بفعل نفسه لان ارضاع الرجل لا يسمى رضاعا ولا يكتفي به الصبي في الغالب فاشبه لبن الشاة اذا اجتمع عليه صبيان بخلاف ما اذا نزل اللبن

للمراة بسبب الرجل فانه يسمى رضاعا فاذا عرفت هذا فاعرف ان الرضيع اذا كان ذكرا لا يجوز له ان
يتزوج المراة المرضعة لانها امه ولا بناتها لانهن اخواته من الرضاعة ولا بنات زوجها من غير
هذه المراة لانهن اخواته من الرضاعة من قبل الاب ولا اخوات هذه المراة لانهن خالاته
من الرضاع ولا اخوات زوجها لانهن عماته ولا امهات الزوج لانهن جداته من قبل الاب
ولا امهات هذه المراة لانهن جداته من قبل الام ولو كان الرضيع انثى لا يجوز ان يتزوجها
زوج المراة التي ارضعتها لانه ابوها وكذا لا يجوز ان يتزوجها ابو الزوج لانه جدها وكذا
اخوة الزوج لانهم اعمامها وكذا ابنا الزوج لانهم اخوتها وكذا ابوا المراة لانه جدها وكذا
اخوة المراة لانهم اخوالها وكذا الحكم في اولاد الاولاد من الجانبين ولو كانت لرجل امراتان
ارضعت كل واحدة منهما بنتا اجنبية لا يجوز لرجل ان يجمع بينهما لانهما اختان من الرضاعة
من قبل الاب **قوله** ابا للمرضعة بفتح الضاد **قوله** ولنا ما روينا اراد به قوله عليه
السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب **قوله** من الجانبين اي من جانب الرجل والمراة
قوله ليلج عليك اي ليدخل عليك وافلح بالفا والحا المهملة على مثال اعلم اسم رجل **قوله**
ولانه سبب لنزول اللبن منها فيضاف اليه في موضع الحرمة احتياطا اي لان الزوج سبب
لنزول اللبن من المراة فيضاف حكم الرضاع وهو ثبوت الحرمة الى السبب وهو الزوج
احتياطا لان الموضع موضع الحرمة فيجعل كان البعضية حصلت بين الرضيع وبين
الزوج بخلاف ما اذا مص الصبي ثندوة الرجل فدخل اللبن في حلقه لانه لا يسمى رضاعا
عرفا فان قلت ~~فقد دخل حكم الرضاع في قوله فيضاف اليه~~
وفيه اضمار قبل الذكر قلت ~~لان الشهرة قايمة مقام الذكر~~
كما في قوله تعالى توارت بالحجاب اي الشمس **قوله** ويجوز ان يتزوج الرجل باخت اخيه من
الرضاع كما يجوز ان يتزوج باخت اخيه من النسب وهذا مثل ان يرضع زيد ام عمرو فيجوز لعمرو
ان يتزوج اخت زيد نسبا وان كان زيد اخاه من الرضاع كما في النسب وذلك مثل الاخوين لاب
ولاحدهما اخت من امه من غير ابيهما جاز للاخ الاخر ان يتزوج اخته لان ام هذه اجنبية
في حق الاخ لاب وعلى هذا اخت الاخت من الرضاع واخت الاخت من النسب وكان ينبغي ان
يقول باخت اخيه او اخته من الرضاع ويقول باخت اخيه او اخته من النسب لكن اكتفى
بذكر الاخ لظهور ذلك **قوله** وكل صبيين اجتمعا على ثدي واحدة لم يجز لاحدهما ان
يتزوج بالاخرى اراد بهما الصبي والصبية فغلب المذكر على المونث كما في القمرين للشمس
والقمر والابوين للاب والام واذا كان الاسمان مذكورين جميعا فحينئذ يغلب اخفهما على
الاثقل كما في العمرين لابي بكر وعمر رضي الله عنهما لان تثنية عمر اخف من تثنية ابي بكر
واعظاهر وقد يغلب الاشهر كما في قولهم الاقرعان لاقرع بن حابس واخيه مرثد والخبيبان
لعبد الله بن الزبير واخيه مصعب وكان عبد الله يكنى بابي خبيب ثم قوله على ثدي واحدة
باضافة الثدي الى الواحدة اي على ثدي امراة واحدة ويجوز ان يقال على الصفة والموصوف
بدون التاء في اخر الواحد لان الثدي مذكر والمراد اجتماعهما من حيث المكان بان رضع
احدهما ثدي امراة رضعه الاخر لا من حيث الزمان بان يرضعا معا في وقت واحد
وليس المراد ان يرضعا معا الثدي الايمن او الايسر بل المراد ان يرضعا هذه المراة كيف
كان وانما لم يجز المناكحة بينهما لانهما اخ واخت لاب وام من الرضاعة فلا يجوز كما في النسب

قوله ولا تتزوج المرضعة احدا من ولد التي ارضعت المرضعة بفتح الضاد اي لا تتزوج
الصبية المرضعة احدا من ولد المراة التي ارضعتها لان ولدها اخوها من الرضاعة وكذا لا
يجوز ان يتزوج الصبية المرضعة ولد ولد المراة التي ارضعتها لانه ولد اخيها من الرضاعة
قوله ولا يتزوج الصبي المرضع اخت زوج المرضعة لانها عمته من الرضاعة
وقد بيناه **قوله** واذا اختلط اللبن بالما
وقد بيناه والمرضع بفتح الضاد والمرضعة بكسرها
واللبن هو الغالب تعلق به التحريم وان غلب الما لم يتعلق به التحريم وهذه من مسايل القدوري وكذا ما بعدها
من المسايل الى اخر كتاب الرضاع الا مسيلة الاحتقان فانها من مسايل الجامع الصغير وفيه خلاف الشافعي
فعنده يثبت حكم الرضاع سوا كان اللبن غالبا او مغلوبا بعد ان يكون مقدار خمس رضعات بان صب
اللبن في حب ما فشرب به الصبي مثلا وكذا قوله فيما اذا خلط اللبن بالدوا لما انه تناول اللبن وغيره
حقيقة فيثبت الحرمة كما لو افرده ولنا ان المغلوب معدوم حكما لفوات منفعته معنى فلا يثبت
به التحريم وذلك لان النبي عليه السلام علق التحريم بما ينشز العظم وينبت اللحم وانما يكون ذلك اذا كانت
قوة اللبن باقية ولهذا لو حلف لا يشرب اللبن فشرب لبنا مخلوطا مغلوبا بالما لم يحنث ولا يقال ينبغي
ان يثبت الحرمة احتياطا ترجيحا للحرمة لانا نقول الترجيح انما يكون بعد التعارض ولا معارضة بين الغالب
والمغلوب لعدم المساواة فلا يرجح جانب الحرمة **قوله** وان اختلط بالطعام لم يتعلق به التحريم وان كان
اللبن غالبا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا اذا كان اللبن غالبا تعلق به التحريم اعلم ان اللبن اذا اختلط
خلط بالطعام فاكله الصبي فلا يخلو اما ان كان اللبن مطبوخا بالطعام او لا فان كان مطبوخا لا
يتعلق به الحرمة في قولهم جميعا لانه تغير بالطبخ مع غيره عن طبعه وصفته وان لم يكن مطبوخا
فلا يخلو اما ان يكون اللبن مغلوبا او غالبا فان كان مغلوبا فلا يتعلق به الحرمة ايضا لانه زال قوة
اللبن وصار كالعدم وان كان اللبن غالبا بحيث يتقاطر من الطعام اللبن اذا رفع فعند ابي حنيفة
رضي الله عنه لا يكون رضاعا خلافا لصاحبيه كذا في شرح الطحاوي والتحفة وغيرهما لهما ان المغلوب
بمقابلة الغالب معدوم حكما لفوات منفعة المغلوب بمقابلة الغالب معدوم حكما لفوات منفعته للغلو
فصار كما اذا خلط بالما واللبن هو الغالب وكما اذا خلط لبن الادمية وهو غالب بلبن الشاة ولابي حنيفة
رضي الله عنه ان اللبن هو الغالب حال كونه في القصعة لا حال وصوله الى المعدة فاذا اكل لقمة لقمة
لا حسوا فالطعام هو الغالب حال الوصول لان عبر المايع يستتبع المايع ولهذا يوكل ولا يشرب بخلاف
خلط اللبن بلبن الشاة او الما لان لبن المراة هو الغالب حال الشرب والوصول جميعا وقيل انما لا يثبت الرضاع
عند ابي حنيفة بالطعام اذا لم يتقاطر اللبن عند رفع الطعام اما اذا تقاطر فيثبت لان القطرة كالجرعة
في اثبات حرمة الرضاع والصحيح انه لا يثبت حرمة الرضاع عنده سوا تقاطر اللبن من الطعام
او لا لان التغذي بالطعام لا باللبن **قوله** لم تمسه النار والضمير راجع الى اللبن **قوله**
ان العبرة للغالب كما في الما اذا لم يغيره يعني عن حاله يعني ان العبرة للبن الغالب اذا لم يغير اللبن يعني
عن حاله بالطبخ كما اذا خلط لبن المراة بالما واللبن هو الغالب وجوابه مر **قوله** هو الصحيح احتراز
عما قيل ان الرضاع انما لا يثبت بالطعام اذا لم يتقاطر اللبن وقد بيناه **قوله** وان خلطه
بالدوا واللبن غالب تعلق به التحريم اعلم ان اللبن اذا خلط بالدوا او الدهن او النبيذ فاوجر
الصبي او استعط فان كان اللبن غالبا يتعلق به التحريم لبقا قوة اللبن وان كان مغلوبا فلا يتعلق به
التحريم لانه صار اللبن بحال لا يحصل به الحد او تغير عن صفته التي تعلق بها التحريم **قوله** اذا
الدوا لتقويته على الوصول يعني ان الدوا انما يجعل في اللبن لتقوية اللبن على الوصول الى ما لا يصل

اليه بنفسه لولا الدوا فكان ابلغ في معنى التغذي به واثبات الحرمة **قوله** واذا اختلط اللبن بلبن
الشاة وهو الغالب تعلق به التحريم اي اختلط لبن المراة بلبن الشاة ولبن المراة هو الغالب تعلق به
التحريم وذاك لان لبن الشاة لا تاثير له في اثبات الحرمة فصار كالما فاعتبر الغلبة **قوله** واذا
اختلط لبن امراتين تعلق التحريم باغلبهما عند ابي يوسف اعلم ان لبن امراة اذا اختلط بلبن امراة اخرى
فاوجر منه صبي يتعلق التحريم باكثرهما عند ابي يوسف وهي احدى الروايتين عن ابي حنيفة وفي
رواية اخرى عنه يثبت الحرمة منهما جميعا وهو قول محمد كذا في المبسوط وقول زفر مثل قول محمد
كذا في شرح الطحاوي والتحفة وغيرهما وجه قول محمد ان الجنس لا يغلب الجنس لان الشي لا يكون
مستهلكا في جنسه وانما يكون مستهلكا في غير جنسه فلا يكون القليل معدوما حكما فيتعلق التحريم بهما
جميعا ولابي يوسف ان المغلوب لا عبرة به في الشرع كما في خلط اللبن بالما او بلبن الشاة فلا يتعلق به التحريم
لانه تبع للغالب وكان صاحب الهداية مال الى مذهب محمد حيث ذكر دليله اخرا **قوله**
واصل المسئلة في الايمان اي فيما اذا حلف لا يشرب من لبن هذه البقرة فخلط لبنها بلبن بقرة اخرى
ولبن البقرة المحلوف عليه مغلوب فعند محمد يحنث لان الجنس لا يغلب الجنس وعندهما لا يحنث
قوله واذا نزل للبكر لبن فارضعت صبيا تعلق به التحريم لاطلاق النص يعني ان قوله تعالى وامهاتكم
اللاتي ارضعنكم مطلق لا فصل فيه بين البكر والثيب حرمة الرضاع بلبن البكر كما تثبت بلبن الثيب وكذا
قوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب مطلق فيعمل باطلاقه ولان المعنى الذي به تثبت
حرمة الرضاع حصول شبهة الجزئية بينهما ولبنها جزءها سوا كانت ذات زوج او لم تكن ولبنها يتغذى
به الرضيع ويكتفي به فيحصل شبهة الجزئية بخلاف اللبن النازل من ثندوة الرجل لانه لا يتغذى
به الرضيع عادة ولا يكتفي به ولان الارتضاع بلبن الرجل لا يسمى رضاعا عادة لانه ليس بلبن على
التحقيق لعدم تصور الولادة منه **قوله** ولانه سبب النشو الضمير راجع الى لبن البكر يقال
نشا في بني فلان اي كبر نشا ونشوا ونشاة ونشات السحابة اي ارتفعت نشا ونشوا **قوله**
واذا حلب لبن المراة بعد موتها فاوجر الصبي تعلق به التحريم خلافا للشافعي يقال اوجرته الدوا من
الوجور ايجارا واحد المفعولين في لفظ الهداية قايم مقام الفاعل والاخر وهو الصبي على حاله اي جعل
اوجر لبن المراة الصبي ويجوز ان يرتفع الصبي بالفعل على ترك المفعول الاخر وهو اللبن اي اوجر الصبي
اللبن له ان الرضاع سبب للحرمة كالوطي سبب لحرمة المصاهرة فيجب ان يختص بحال الحياة كالوطي ولان
الاصل في ثبوت حرمة الرضاع المراة ولا تثبت في حقها لعدم القابلية فلا تثبت في حق غيرها ولان اللبن
يموت بعد الموت فيكون حراما نجس العين فلا يجوز ان يثبت بالحرام حرمة الرضاع التي يثبت بطريق
الكرامة ولنا قوله عليه السلام الرضاع ما انشر العظم وانبت اللحم وهذا المعنى اعني الانشار والانبات
حاصل في لبن الميتة لحصول التغذي به فيثبت به التحريم لشبهة الجزئية بسبب الرضاع بخلاف
حرمة المصاهرة بالوطي بعد الموت فانها لا تثبت لما انها تبتني على الجزئية الحاصلة بين الواطي والموطوة
بواسطة الولد ولا يتصور الولد بعد الموت لان الميتة ليست محل الحرث فلم يتصور الجزئية فلما لم
يتصور الجزئية لم يثبت حرمة المصاهرة وليس حرمة الرضاع كذلك لانها تثبت بمعنى الانشار
والانبات ولا يختلف ذلك بالموت والحياة فبطل قياس حرمة الرضاع على حرمة المصاهرة ولا نسلم
عدم القابلية في ثبوت حرمة الرضاع في حقها بل فيه قابلية ولهذا لو تزوج احد هذه الصبية
التي اوجرت لبن الميتة يجوز له ان يدفنها وييممها لان الميتة ام امراته وهي محرم له ولا نسلم ان اللبن
يموت لان ما لا حياة فيه لا يتصور فيه الموت لان الموت زوال الحياة وليس في اللبن حياة فلا

بتصور

يتصور موته وهذا لان ما فيه الحياة اذا ابين عن الحي يحكم بموته بالحديث واللبن اذا حلب في حال
الحياة يبقى طاهرا كما كان فلو كان يموت لكان نجسا يوضحه ما روى القتبي في غريب الحديث باسناده
الى عمر رضي الله عنه انه قال اللبن لا يموت وعند ابي يوسف ومحمد انما يتنجس اللبن بنجاسة الوعا
كما في انفحة الميتة فصار كلبن حلب في قارورة نجسة فاوجر الصبي فيثبت به التحريم ولئن سلمنا انه
حرام لكن لا نسلم ان ما كان حراما لا يثبت به الحرمة اذا وجد المعنى الموجب للحرمة ولهذا اثبتنا
حرمة المصاهرة بالزنا لوجود الجزئية كما في الوطي الحلال والموجب لحرمة الرضاع قايم وهو
كون اللبن مغذيا بانشاز العظم وانبات اللحم الا ترى ان لحم الميتة يغذي فكذا لبنها وشبه محمد رحمه
الله في المبسوط اللبن بالبيضة فان بالموت لا يخرج البيضة من ان تكون مغذية فكذا اللبن **قوله**
ثم يتعدى الى غيرها بواسطتها اي تتعدى الحرمة الى غير المراة بواسطة المراة محلا لها اي الحرمة
الرضاع **قوله** ولنا ان السبب هو شبهة الجزئية اي سبب ثبوت حرمة الرضاع شبهة الجزئية
وذلك في اللبن اي السبب وهو شبهة الجزئية حاصل في رضاع اللبن لمعنى الانشاز والانبات اي لكون
اللبن منشزا ومنبتا وهو قايم باللبن اي المعنى المذكور قايم باللبن بعد الموت كما قبله **قوله** وقد
زال اي الحرث **قوله** فافترقا اي الرضاع والوطي يعني لا يقاس ذاك على هذا بعد الموت لوجود الفارق
قوله واذا احتقن الصبي باللبن لم يتعلق به التحريم وعن محمد انه تثبت به الحرمة وفي بعض نسخ
القدوري واذا احتقن والضم في احتقن غير جايز كذا في المغرب اعلم ان الحقنة في ظاهر الرواية عن
اصحابنا لا تحرم شيئا ولهذا لم يذكر الخلاف في الجامع الصغير وقد ذكر الشيخ ابو الحسن الكرخي المسئلة
وقال لا يحرم ولم يحك الخلاف وروي عن محمد انها تثبت الحرمة لوصول اللبن الى الجوف ولهذا
يفسد الصوم بالحقنة وجه الظاهر ان حرمة الرضاع انما تثبت بشرب اللبن بمعنى النشو
والنمو والتغذي به والغذا انما يكون بالوصول الى الاعضا العليا وبالحقنة يصل اللبن الى الاعضا السفلى
لا الى العليا فلا يحصل معنى الغذا فلا يثبت التحريم ولهذا لا يثبت الرضاع في حال الكبر لعدم النشو
به بخلاف الصوم فان المفسد فيه وصول ما فيه اصلاح البدن الى الجوف وقد حصل هذا المعنى
في الحقنة فيفسد الصوم وكذا الاقطار في الاذن او في الاحليل لا يثبت حرمة الرضاع لانه لا يوصل
اللبن الى المعدة وكذا الاقطار في الجايفة او الامة لهذا المعنى **قوله** لان المغذي وصوله من
الاعلى والمغذي بكسر الذال المعجمة المشددة وفتحها ليس بسديد لان وصول اللبن مغذي بالكسر
لا مغذي وانما المغذي بالفتح هو الصبي **قوله** واذا نزل للرجل لبن فارضع صبيا لم يتعلق به
التحريم وذلك لان لبن الرجل ليس بلبن على التحقيق كدم السمك ليس بدم على التحقيق ووجه ذلك
ان اللبن انما يتصور ممن يمكن الولادة منه والرجل لا يمكن الولادة منه عادة فلا يكون
لبنه لبنا على التحقيق فلا يثبت به الرضاع بخلاف لبن البكر فانه يتصور منها الولادة ولان الرضاع
المذكور في النص مطلق فينصرف الى المتعارف وهو الرضاع بلبن المراة ولا يسمى الرضاع بلبن الرجل
رضاعا عادة فلا يثبت به التحريم **قوله** وهذا اشارة الى قوله لانه ليس بلبن **قوله**
واذا شرب صبيان من لبن شاة لم يتعلق به التحريم وذلك لان حرمة الرضاع باعتبار شبهة الجزئية
بين الرضيع والمرضعة ولا جزئية بين الادمي والبهيمة فلا تثبت وكان ذلك بمنزلة طعام
اكلاه من اناء واحد قال في الفتاوى الولوالجي لو ارتضع صبيان من بهيمة لم يكن ذلك رضاعا لان
الحرمة لو ثبتت بينهما انما تثبت بثبوت الاخوة والاخوة لا تثبت الا بعد ثبوت الامية لصاحب
اللبن والبهيمة لا تتصور اما للادمي من حيث الولادة فكذا من حيث الرضاع وقال شمس الايمة

السرخسي رحمه الله في المبسوط و محمد بن اسماعيل صاحب الاخبار كان يقول يثبت به حرمة الرضاع فانه
دخل بخارا في زمن الشيخ ابي حفص الكبير رحمهما الله وجعل يفتي فقال الشيخ لا تفعل فلست هنالك
فابى ان يقبل نصيحته حتى استفتي عن هذه المسئلة اذا ارضع صبيان بلبن شاة فافتى بثبوت الحرمة
فاجتمعوا واخرجوه من بخارا بسبب هذه الفتوى **قوله** باعتبارها اي باعتبار الجزئية
قوله واذا تزوج الرجل صغيرة وكبيرة فارضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا على الزوج هذا لفظ
القدوري اما لفظ محمد في الجامع الصغير فهو محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في الرجل يتزوج
المراة والصبية الرضيعة فلا يدخل بها حتى ترضع الكبيرة الصغيرة والكبيرة تعلم ان الصغيرة امراته
ايضا قال فعليه نصف المهر للصغيرة ولا يرجع بذلك على الكبيرة وان تعمدت الفساد ومتى تعلم انه يفسد
كان نصف المهر للصغيرة ويرجع به على الكبيرة ولا شيء لها في الوجهين جميعا اي لا مهر للكبيرة سواء تعمدت
الفساد او لم تتعمد اما فساد نكاحهما فلانهما صارتا اما وبنتا رضاعا والجمع بينهما لا يجوز في النسب فكذا
في الرضاع لقوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ثم لا يجوز له ان يتزوج الكبيرة ابدا
ولم يتعرض له صاحب الهداية لان مجرد نكاح البنت يحرم نكاح الام لقوله تعالى وامهات نسائكم
ويجوز له ان يتزوج الصغيرة اذا لم يدخل بالكبيرة فاذا دخل فلا يجوز له ان يتزوج الصغيرة ابدا
لان الدخول بالام يوجب تحريم نكاح البنت بالنص ولم يتعرض له ايضا واما المهر فلا يجب للكبيرة
اذا لم يدخل بها لان الفرقة جاءت بفعل منها قبل الدخول وهو الارضاع فصارت كما لو ارتدت قبل
الدخول وهو الارضاع فصارت كما لو ارتدت قبل الدخول بخلاف ما اذا دخل بها حيث يجب لها كمال
المهر لاستقرار المهر بالدخول ولكن لا نفقة لها لانها جانية ولم يتعرض لهذا ايضا صاحب الهداية
وللصغيرة نصف المهر لان الفرقة وقعت من جهة غيرها قبل الدخول كما اذا طلقها قبل الدخول
سلمنا ان الارتضاع فعلها لكن فعل الصغيرة لا يؤثر في اسقاط حقها كما اذا قتلت مورثها حيث لا تحرم
الميراث واما الرجوع بنصف مهر الصغيرة على الكبيرة فذلك فيما اذا تعمدت الكبيرة فساد النكاح بان
علمت بالنكاح وقصدت بالارضاع افساد النكاح لا دفع الجوع والهلاك واذا لم تتعمد الفساد بان كانت
الكبيرة لا تعلم نكاح الصغيرة او كانت تعلم لكن ارادت دفع الجوع والهلاك عن الصغيرة دون فساد
النكاح او كانت تعلم النكاح ولكن ما كانت تعلم فساد النكاح بالارضاع فلا رجوع على الكبيرة فاذن تضمن
الكبيرة في وجه ولا تضمن في ثلاثة اوجه وقال في المبسوط وروي عن محمد انه يرجع عليها بنصف
الصداق على كل حال واصله ان المسبب كالمباشر ولهذا جعل فتح باب القفص والاصطبل وحل
قيد الابق موجبا للضمان في المباشرة المتعدي وغير المتعدي سواء فكذا في التسبيب على قول
وعلى قول الشافعي يرجع عليها بنصف مهر المثل في قول وفي قول اخر بجميع مهر المثل كذا ذكر الشيخ
ابو نصر رحمه الله ولنا ان الارضاع ليس بعلة لافساد النكاح بل هو سبب له قد يفضي اليه
بالاتفاق الحال وضمان التسبيب يبتني على التعدي فاذا وجد التعدي يجب الضمان والا فلا كمن حفر
على قارعة الطريق يضمن ومن حفر في ملكه فلا يضمن بخلاف المباشرة لانها علة وضعا فلا يختلف
حكمها بالعذر الا ترى ان من رمى في ملكه يضمن ما اصاب به كما اذا رمى في غير ملكه ثم الكبيرة ليست
بمتعدية في الوجوه الثلاثة لان الرضاع مباح عند عدم قصد الفساد ومندوب اليه عند حاجة
الصغير لكونه احسانا وواجب اذا خيف على الرضيع الهلاك فلا تضمن بخلاف الوجه الواحد
فانها لما قصدت الفساد كانت متعدية حيث قررت ما كان على شرف السقوط فانه كان من الجائز ان تكبر
الصغيرة فترتد او تمكن ابن زوجها قبل دخول زوجها فيسقط مهرها اصلا فتضمن الكبيرة للزوج

نصف

نصف المهر فان قلت ـــــــــــــــ ضمان الاتلاف تعتبر فيه قيمة الشيء المتلف
لا بدله الذي ملكه به كما في ساير المتلفات فينبغي ان تضمن الكبيرة جميع مهر المثل كما قال الشافعي
قلت ـــــــــــــــ لا نسلم انه ضمان الاتلاف لان الارضاع ليس
بموضوع له ولان البضع حال الخروج ليس بمتقوم وحال الدخول متقوم ضرورة تملك البضع
المحترم ابانة لخطره ولهذا لا يملك الاب خلع الصغيرة بمالها ولكن يملك تزويج الصغير بماله للصغير
فلما لم يكن له تقوم حال الخروج لا يحصل الاتلاف فكان ينبغي ان لا تضمن الكبيرة شيئا اصلا الا انها لما
قررت بالتسبيب ما كان على شرف السقوط وهو نصف المهر وقصدت فساد النكاح بذلك صارت
كانها التفته فغرمته وقد روي عن الشافعي انها تضمن نصف مهر المثل فلو كان لما قالوا انها لم تضمن
النصف بل كان يجب ان تضمن جميع المثل على هذا القول **قوله** وذلك حرام اي الجمع بين الام
والبنت **قوله** كما اذا قتلت مورثها يعني ان فعل الصغيرة ليس بمعتبر في اسقاط حقها ولهذا لا
تحرم الصغيرة الميراث بقتل مورثها **قوله** ويرجع به الزوج على الكبيرة ان كانت تعمدت به
الفساد اي يرجع الزوج بنصف المهر الذي وجب للصغيرة عليه على الكبيرة ان كانت الكبيرة تعمدت
بالارضاع فساد النكاح **قوله** وان لم تتعمد فلا شيء عليها اي على الكبيرة وهذا في الوجوه الثلاثة
وقد مر بيانه والقول قولها مع اليمين في انها لم تتعمد الفساد لانه شيء في باطنها لا يقف عليه غيرها فيجب
قبول قولها فيه ولم يتعرض صاحب الهداية له ايضا **قوله** في الوجهين اي فيما اذا تعمدت
الفساد او لم تتعمد **قوله** وهو نصف المهر الضمير راجع الى ما **قوله** وذلك يجري مجرى
الاتلاف اي تاكيد ما كان على شرف السقوط يجري مجرى الاتلاف **قوله** لكنها مسببة فيه اي
لكن الكبيرة مسببة فيه اي لكن الكبيرة مسببة في الاتلاف لا مباشرة وما كان يحتاج صاحب الهداية
اليه ان يقول بكلمة الاستدراك بين اسم ان وخبرها لانه لا يصح ان يقال ان زيدا لكنه منطلق
وهذا لان قوله مسببة وقع خبر ان في قوله لانها وان اكدت ما كان على شرف السقوط **قوله**
اما وقع بيانا لكون الكبيرة مسببة اي صاحبة سبب لا علة يعني ان الكبيرة انما كانت مسببة لاحد
المعنيين اما لان الارضاع ليس بافساد للنكاح وضعا او لان افساد النكاح ليس بسبب لالزام المهر لانه
قد يوجد الارضاع ولا يوجد افساد النكاح وقد يوجد افساد النكاح ولا يوجد الزام المهر ايضا كما في
تمكين المراة ابن زوجها او ارتدادها قبل الدخول وكان ينبغي ان يقول ليس بعلة لالزام المهر لان
افساد النكاح قد يكون سببا لالزام المهر كما في هذه الصورة لكنه ليس بعلة موضوعة له **قوله**
ثبت ذلك باتفاق الحال اي ثبت فساد النكاح بالارضاع بان تقع الصغيرة والكبيرة اتفاقا في ملك رجل
واحد لا لان الارضاع موضوع لافساد النكاح **قوله** الا ان نصف المهر يجب بطريق المتعة
على ما عرف وهذا جواب سوال مقدر بان يقال كيف قلت ان افساد النكاح ليس بسبب لالزام المهر
ويجب على الزوج نصف مهر الصغيرة فقال وجوبه بطريق المتعة لان المتعة تجب في الطلاق
قبل الدخول ابتداء بقوله تعالى ومتعوهن وهنا الفرقة قبل الدخول فكان وجوب نصف
المهر بطريق المتعة لا بطريق الزام المهر فلا يرد علينا ولقايل ان يقول لا نسلم ان طريقه طريق
المتعة لان المتعة انما تجب في الطلاق قبل الدخول اذا لم يوجد التسمية وهنا التسمية موجودة ولهذا
يجب نصف المهر ولانه لو وجب بطريق المتعة لا بسبيل الزام المهر لوجب ثلاثة اثواب لا نصف
المهر وكان الواجب على صاحب الهداية ان لا يذكر هذا اللفظ اصلا او يغير لفظ السبب الى العلة في
قوله ليس بسبب كما لم يذكره سائر اصحابنا في المبسوط وغيره **قوله** من شرطه اي من شرط وجوب

المتعة **قوله** بذلك اي بالارضاع **قوله** وهذا منا اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد لا لرفع
الحكم فالاول بالدال والثاني بالراء المهملة ويجوز ان يكون كلاهما بالدال كما هو عامة نسخ شروح الجامع
الصغير وهو جواب سوال مقدر بان يقال كيف يكون جهل الكبيرة بفساد النكاح بالارضاع
عذرا والجهل ليس بعذر في دار الاسلام فقال انما اعتبرنا جهلها لدفع قصد الفساد الذي به
يصير الفعل تعديا لانها اذا لم تعلم الفساد لا تكون قاصدة للفساد فاذا لم تقصد الفساد لا
تكون متعدية وضمان التسبيب يبتنى على التعدي فلا يضمن فكان هذا عدم الحكم لعدم العلة
وهي التعدي لا عدم الحكم مع وجود العلة لعذر الجهل ولم نعتبر جهلها في دفع الحكم الشرعي
وهو ثبوت الرضاع ولهذا يثبت علمت او لم تعلم فساد النكاح لان فعلها في الارضاع ليس بمعتبر
ولهذا اذا كانت نائمة فمصت الصبية ثديها يثبت حكم الرضاع بالسقوط والوجور في حال حياتها
وبعد موتها فعلم ان فعلها في الارضاع ليس بمعتبر فلا يتفاوت الحكم بالعلم والجهل لان المعنى
الاصلي ثبوت الجزئية وهي حاصلة كيف كان الرضاع وليس كذلك الضمان فانه بالتعدي وهو
ينعدم بالجهل فافهم **قوله** ولا يقبل في الرضاع شهادة النساء منفردات وانما يثبت بشهادة
رجلين او رجل وامراتين قال الحاكم الشهيد الجليل رحمه الله في الكافي ولا تجوز شهادة امراة على
رضاع اجنبية كانت او ام احد الزوجين حتى يشهد على ذلك رجلان او رجل وامراتان عدول وان
تنزه واخذ بالثقة فهو افضل وقال مالك يثبت بشهادة امراة واحدة عدلة وهو قول ابن عباس وبه
يقول احمد بن حنبل واسحاق وقال الشافعي يثبت بشهادة اربع نسوة بناء على مذهبه ان فيما لا يطلع
عليه الرجال يقبل فيه شهادة اربع نسوة ليقوم كل امراتين مقام رجل وزعم ان الرضاع مما لا
يطلع عليه الرجال لانه لا يحل للاجانب النظر الى ثدي المراة وهو ضعيف لان نظر ذي الرحم المحرم
الى الثدي جائز وهو مقبول الشهادة في ذلك ولان الرضاع قد يكون بالوجور والسعوط ويطلع عليه
الرجال ولا يقبل فيه شهادة النساء وحدهن واحتج مالك بما روي في الجامع الترمذي وغيره مسندا
الى عقبة بن الحرث قال تزوجت امراة فجاءتنا امراة سوداء فقالت اني قد ارضعتكما فاتيت النبي صلى الله عليه
وسلم فقلت تزوجت فلانة بنت فلان فجاءت امراة سوداء فقالت اني قد ارضعتكما وهي كاذبة
قال فاعرض عني قال فاتيته من قبل وجهه فقلت انها كاذبة قال وكيف بها وقد زعمت انها قد
ارضعتكما دعها عنك ولنا ما روى اصحابنا رحمهم الله في المبسوط عن عمر رضي الله عنه انه قال لا يقبل
في الرضاع الا شهادة رجلين او رجل وامراتين ولان الرضاع مما يطلع عليه الرجال لما قلنا فلا
يجوز الاقتصار على شهادة النساء كما في الاموال وكما في الحرمة بالطلاق ولان الحرمة وان كانت من
حقوق الله تعالى وفيها يقبل خبر الواحد لا تقبل الفصل عن زوال الملك اعني اذا ثبتت
حرمة الرضاع يزول ملك النكاح لا محالة لان حرمة المحل مع ملك النكاح لا يجتمعان فيلزم من
اثبات حرمة الرضاع ابطال ملك النكاح وابطال الملك لا يثبت الا بشهادة رجلين او رجل وامراتين
بخلاف ما اذا اخبر عدل ان هذا اللحم ذبيحة المجوسي حيث يثبت الحرمة بخبره لانه لا يلزم من اثبات
الحرمة زوال ملك اليمين لان الحرمة مع ملك اليمين يجتمعان كما في الخمر فاعتبر ذلك امرا دينيا فقبل
فيه خبر الواحد والجواب عن الحديث قلنا ان اعراض النبي صلى الله عليه وسلم دليل على ان
الرضاع لا يثبت بخبر المراة وقوله دعها عنك ليس في اكثر الروايات كذا قال الترمذي في جامعه
ولئن صح فنقول الامر بالمفارقة يدل على بقاء النكاح لا على زواله او نحمل ذلك على التنزه ونحن
نقول به وهذا اخر كتاب النكاح شرحته بعون الفتاح ونوائب الدهر على قد كرت وسحائبه

درت وكلا به ازبارت واسبطرت وانا على ما قال البحتري ولله دره ه ه ه ه ه ه ه ه ه ه

رمتني صروف النائبات فاخطات • كذا الدهر يخطي صرفه ويصيب •
ولم انسني اطغو وارسب تارة • واظهر للرائين ثم اغيب •
بد الله في تعنيب الي جميلة • وافضاله فيها علي عجيب •

فلعل الناظر فيه يقول طولت واملك فليتك انتقلت الى كتاب اخر فنحن عن درهم وو دروض
معهود من كلام احسن منه وفصاحة ابين منه واتح من ورد على صحيحي خد واغنج من قطر
على ورق الورد فها انا اشرع في كتاب الطلاق والتوفيق من الخلاق وله الحمد والمنة والطول
والمنة **كتاب الطلاق باب طلاق**
السنة لما كان النكاح عبارة عن قيد شرعي به يصير بضع المراة حلالا للرجل ناسب ان
يذكر الطلاق عقيبه لانه رفع لذلك القيد ثم الطلاق مصدر قولهم طلقت المراة بضم
العين وفتحها طلاقا ويجوز ان يكون اسما بمعنى المصدر من طلق الرجل المراة تطليقا كالسلام
والكلام من التسليم والتكليم ثم الدليل على وقوع الطلاق قوله تعالى الطلاق مرتان وقوله
تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء الاية وقوله تعالى فطلقوهن لعدتهن وقد طلق رسول
الله صلى الله عليه وسلم سودة ثم راجعها وكذا حفصة ثم راجعها ونزل فيها قوله تعالى يا ايها النبي اذا
طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن في رواية قتادة عن انس رضي الله عنه قال طلق رسول الله
صلى الله عليه وسلم حفصة فانزل الله هذه الاية وقال له راجعها فانها صوامة قوامة وهي
من احدى ازواجك ونسائك في الجنة وروى في الجامع الترمذي مسندا الى ابي هريرة رضي
الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كل طلاق جائز الا طلاق المعتوه المغلوب على
عقله **قوله** الطلاق على ثلاثة اوجه حسن واحسن وبدعي وهذه مسئلة القدوري اعلم ان
الطلاق في الاصل على نوعين طلاق سنة وطلاق بدعة فالاول على قسمين حسن واحسن اما الاحسن
فهو ان يطلقها واحدة في طهر لم يجامعها فيه ثم لا يطلقها ثانية الى ان تنقضي العدة ان لم يراجعها
واما الحسن فهو ان يطلقها في ثلاثة اطهار عند كل طهر واحدة والثاني وهو طلاق البدعة على
قسمين ايضا بحسب العدد وهو ان يطلقها ثلاثا بكلمة واحدة جملة او على التفريق في طهر واحد
او بحسب الوقت وهو ان يطلقها في حالة الحيض او في طهر جامعها فيه والاصل فيه ما روى
البخاري وغيره مسندا الى نافع عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه انه طلق امراته وهي حائض
على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فسال عمر بن الخطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم عن
ذلك فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر
ثم ان شاء امسك بعد وان شاء طلق قبل ان يمسك فتلك العدة التي امر الله ان يطلق لها النساء واشار
به الى قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن بيانه ان الله تعالى قابل الطلاق بالعدة وكل واحد منهما ذو
عدد فيقتضي ذلك ان ينقسم احاد احدهما على احاد الاخر كقول الرجل لاخر اعط ثلاثة الدراهم
هولاء الرجال الثلاثة ثم الوجوب ليس بمراد من الامر المذكور في النص بالاجماع فتعين
ما دونه وهو السنة فاذا كان الطلاق المفرق على الاطهار سنة فيكون الطلاق الموقع بكلمة
واحدة جملة او على التفريق في طهر واحد او في حيض او في طهر جامعها فيه بدعة لانها نقيض
السنة وقد شرط رسول الله التطليق قبل المسيس كما ترى وانما ثبت الحسن في طلاق السنة
لان الحسن في المامور به من قضية حكمة الامر وقد بيناه في التبيين وانما كان النوع الاخر

احسن لانه ابعد من الندامة يؤيده ما روى محمد بن الحسن في الاصل وقال بلغنا عن ابراهيم النخعي رحمه الله عن اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضي عنهم انهم كانوا يستحبون ان لا يزيدوا في الطلاق على واحدة حتى تنقضي العدة وان هذا افضل عندهم من ان يطلق الرجل ثلاثا عند كل طهر واحدة فان قلت قد روى صاحب السنن مسندا الى ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ابغض الحلال الى الله عز وجل الطلاق فكيف يثبت فيه الحسن مع كونه مبغضا قلت بالنسبة الى سائر انواعه لان طلاق السنة حسن بالنسبة الى طلاق البدعة ثم احد نوعي طلاق السنة احسن بالنسبة الى النوع الاخر منه او نقول الحسن في الطلاق باعتبار انه ازالة الرق لان النكاح رق بالحديث وكونه مبغضا باعتبار ان فيه كفران النعمة التي من الله تعالى بها على عباده قال تعالى ومن اياته ان خلق لكم من انفسكم ازواجا فيكون حسنا من جهة ازالة الرق ومبغضا من جهة كفران النعمة فلا منافاة لاختلاف الجهة

قوله ولانه ابعد من الندامة واقل ضررا بالمراة اي لان الاقتصار على الطلقة الواحدة في طهر لم يجامعها فيه ابعد من الندامة لان الرجل اذا ندم على ما فعل يقدر على تدارك ما فات بالرجعة او بتجديد النكاح في غير المدخول بها بخلاف ما اذا اوقع الثلاث وكذا هو اقل ضررا بالمراة وذلك لان الطلاق اظهار الرغبة عنها وتتضرر المراة بذلك لانقطاع زوال نعمة النكاح عنها وكلما زاد عدد الطلاق زاد الضرر حيث يفسد باب الرجعة

قوله ولا خلاف لاحد في الكراهة معناه حتى تقول بالكراهة ولا يخالفنا احد فيها حيث لا قائل بالكراهة يعني في الاقتصار على الطلقة الواحدة في طهر لم يجامعها فيه بخلاف الثلاث فانها مكروهة اذا لم تفرق على الاطهار عندنا اما عند مالك فهي مكروهة متفرقة كانت او مجموعة

قوله وقال مالك انه بدعة ولا يباح الا واحدة اي ان الطلاق المفرق على ثلاثة اطهار في المدخول بها بدعة ولا يباح من الطلاق الا طلقة واحدة لان الاصل في الطلاق الحظر لما فيه من قطع نعمة النكاح التي من الله بها على عباده وانما ابيح للحاجة الماسة الى الخلاص وقد اندفعت الحاجة بالواحدة فلا يباح غيرها ولنا قوله تعالى الطلاق مرتان ثم قال او تسريح باحسان واراد به الثالثة فلا يكون الزيادة على الواحدة بدعة بموجب الاية كما ترى وقوله تعالى فطلقوهن لعدتهن قال في الكشاف اي مستقبلات لعدتهن كقولك اتيته لليلة بقيت من المحرم اي مستقبلا لها وفي قراءة رسول الله صلى الله عليه وسلم في قبل عدتهن واذا طلقت المراة في الطهر المتقدم للقرء الاول من اقرائها فقد طلقت مستقبلة لعدتها وقد بينا قبل هذا ان الطلاق ذو عدد والعدة ذات عدد فقوبل احدهما بالاخر فينقسم احاد احدهما على احاد الاخر ضرورة وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لابن عمر رضي الله عنه حين طلق امراته وهي حائض ما هكذا امرك الله تعالى انما السنة ان تستقبل الطهر استقبالا وتطلقها لكل قرء تطليقة ولان الاصل في الطلاق الحظر كما قال مالك والاباحة للحاجة الى الطلاق بسبب العجز عن الامساك بالمعروف عند عدم موافقة الاخلاق والحاجة بسبب العجز امر مبطن فاقيم دليل الحاجة مقامها وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة فيها وهو الطهر الخالي عن الجماع فلما تكرر دليل الحاجة جعلت كان الحاجة الى الطلاق تكررت فابيح تكرار الطلاق المفرق على الاطهار لان الدليل

اقيم مقامها بتيسير الاقدام الحكم يدور مع دليله وجودا وعدما وانما قلنا ان الطهر الخالي عن الجماع زمان تجدد الرغبة لان الحيض زمان النفرة وكذا الطهر اذا وجد فيه الجماع يفتر رغبة الرجل فيها فلا يكون الاقدام على الطلاق في الحيض او في الطهر بعد الجماع دليل الحاجة فلا يكون مباحا

قوله ثم قيل الاولى ان يؤخره يعني اختلف المشايخ في الطلاق السني قال بعضهم يوقع في اول الطهر كما طهرت من الحيض وهو الاظهر لان محمدا قال في الاصل واذا اراد ان يطلقها ثلاثا طلقها واحدة اذا طهرت من الحيض وذلك لانه لو اخر ربما يقع فيه الجماع لان الطهر زمان تجدد الرغبة فالطلاق بعده يكون بدعيا وهو معنى قوله يبتلى بالايقاع عقيب الوقاع فيكره الناجز وقال بعضهم يؤخر الايقاع الى اخر الطهر كيلا يلزم تطويل العدة وفيه ضرر بالمراة لانه لو لم يؤخر يكون عدتها ثلاثة اطهار وثلاث حيض كوامل فتطول عدتها لا محالة قال في خلاصة الفتاوي واختار بعض مشايخنا تاخير الطلاق الى اخر الطهر ثم قال وهو رواية ابي يوسف عن ابي حنيفة

قوله وطلاق البدعة ان يطلقها ثلاثا بكلمة واحدة او ثلاثا في طهر واحد اي ان يطلقها ثلاثا على التفريق في طهر واحد وهذا مذهبنا وقال الشافعي لا اعرف في الجمع بدعة ولا في التفريق سنة بل الكل مباح وربما يقول ايقاع الثلاث جملة سنة حتى اذا قال لامراته انت طالق ثلاثا للسنة وقع الكل في الحال عنده كذا في المبسوط فالحاصل ان عندنا يعتبر في طلاق السنة التفريق كالوقت وعند مالك يعتبر الوحدة والوقت وعند الشافعي يعتبر الوقت ولا يلتفت الى العدد والبحث مع مالك قد مضى وللشافعي قوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء وهذا لانه مطلق فيتناول الجمع والتفريق وروي عن عويمر العجلاني انه لما لاعن امراته قال كذبت عليها يا رسول الله ان امسكتها فهي طالق ثلاثا ولم ينكر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ايقاع الثلاث جملة وعبد الرحمن بن عوف طلق امراته تماضر ثلاثا في مرض موته ولان الطلاق في الاصل مباح لانه مشروع فيكون الجمع والتفريق سواء الا اذا انضم اليه معنى محرم وهو تطويل العدة كما اذا طلقها في حالة الحيض لان الحيض الذي وقع فيه الطلاق ليس محسوب من العدة بالاجماع او تلبيس امر العدة عليها كما اذا طلقها في طهر جامعها فيه لانها لا تدري انها حائل فتعتد بالاقراء او حامل فتعتد بوضع الحمل ولنا قوله تعالى الطلاق مرتان بيانه ان اللام فيه للجنس لعدم العهد ولزوم فساد المعنى على تقدير ارادة الحقيقة فيكون المشروع في جنس الطلاق متفرقا وقوله تعالى فطلقوهن لعدتهن اي مستقبلات لعدتهن وهذا لا يكون الا في التفريق دون الجمع وقد روي ان محمود بن لبيد رضي الله عنه طلق امراته ثلاثا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اتلعبون بكتاب الله تعالى وانا بين اظهركم واللعب بكتاب الله تعالى وهو ترك العمل به حرام فيكون ايقاع الثلاث جملة حراما ولان الاصل في الطلاق الحظر لما فيه من قطع نعمة النكاح التي من الله تعالى بها على عباده بقوله تعالى ومن اياته ان خلق لكم من انفسكم ازواجا يؤيده قوله عليه السلام ابغض الحلال الى الله تعالى الطلاق الا انه ابيح للحاجة الى الخلاص والحاجة تتكرر عند تكرر الاطهار لما قلنا بخلاف ما اذا لم يتكرر فلا يكون الجمع في طهر واحد حلالا ولان في الجمع سد باب التلافي فيكون حراما لما يلزم معارضة الشرع لانه تعالى قال لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك امرا اي يبدو له فيراجعها والفقه فيه ان الاسقاط لا يتكرر كالعتاق وكان ينبغي ان لا يشرع الطلاق

بكونا الا انه شرع مكروها لمعنى التلافي عند الندم فلا يجوز له تفويت هذا المعنى على نفسه بعد ما نظر الشرع له كما لا يباح له الطلاق في الحيض لانه يندم اذا جاء اوان الطهر ولا معنى لتطويل العدة ولا لتلبيسها لانه اذا طلقها في الطهر ثم طلقها في الحيض يكره وليس ثم تطويل ولا تلبيس والجواب عن الاية فنقول قد خص منها الطلاق حالة الحيض والطلاق في طهر جامعها فيه فيخص المتنازع وهو الجمع بما تلونا وحديث العجلاني لا يجوز الاحتجاج به للخصم لان مذهبه ان الفرقة تقع بمجرد اللعان فيكون تطليق الاجنبية وحديث عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه وما شابهه محمول على طلاق السنة بان قال انت طالق ثلاثا للسنة لان الا ليق بحالهم ان يعملوا على وفاق الكتاب والسنة ولان تقليد الصحابي ليس بحجة عنده فكيف يحتج بفعل الصحابي علينا ثم اعلم ان بعض الناس قالوا اذا طلق الرجل امراته ثلاثا بكلمة واحدة وقعت عليها واحدة اذا كانت في وقت سنة وذلك ان يكون طاهرا من غير جماع والزيدية من الشيعة يقولون يقع واحدة والامامية يقولون لا يقع شيء لهم ما روي في السنن وشرح الاثار مسندا الى ابن جريج قال اخبرني ابن طاوس عن ابيه ان ابا الصهبا قال لابن عباس رضي الله عنهما اتعلم ان الثلاث كانت تجعل واحدة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وابي بكر وثلث من امارة عمر رضي الله عنهما قال ابن عباس نعم ولان الله تعالى امر عباده ان يطلقوا نساءهم لوقت على صفة فاذا طلقوا على غير ما امرهم به لا يقع كما اذا امر رجل رجلا ان يطلق امراته في وقت او على شرط فطلقها بخلاف ذلك لا يقع فكذلك هذا وروي في السنن ايضا مسندا الى عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال اذا قال انت طالق ثلاثا بفم واحد فهي واحدة ولنا ما روي في السنن مسندا الى الزهري عن ابي سلمة بن عبد الرحمن ومحمد بن عبد الرحمن بن ثوبان عن محمد بن اياس ان ابن عباس وابا هريرة وعبد الله بن عمرو بن العاص سئلوا عن البكر يطلقها زوجها ثلاثا فكلهم قالوا لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره وحدث الطحاوي في شرح الاثار عن ابن مرزوق عن ابي حذيفة عن سفيان عن الاعمش عن مالك بن الحرث قال جاء رجل الى ابن عباس فقال ان عمي طلق امراته ثلاثا فقال ان عمك عصى الله تعالى فاثم واطاع الشيطان فلم يجعل له مخرجا قلت كيف ترى في رجل يحلها له فقال من يخادع الله يخادعه وحدث الطحاوي ايضا باسناده الى معاوية بن ابي عياش الانصاري انه كان جالسا مع عبد الله بن الزبير وعاصم بن عمر فجاءهما محمد بن اياس بن البكير فقال ان رجلا من اهل البادية طلق امراته ثلاثا قبل ان يدخل بها فماذا تريان فقال ابن الزبير ان هذا امر ما لنا فيه قول فاذهب الى ابن عباس والى ابي هريرة فاسالهما ثم ائتنا فاخبرنا فذهب فسالهما فقال ابن عباس لابي هريرة رضي الله عنهم افتهم يا ابا هريرة فقد جاءتك معضلة فقال ابو هريرة الواحدة تبينها والثلاث تحرمها حتى تنكح زوجا غيره رواه مالك في الموطا ايضا الا انه قال في اخره وقال ابن عباس مثل ذلك وروى الطحاوي باسناده الى سعيد بن جبير ان رجلا سال ابن عباس عن رجل طلق امراته مائة فقال ثلاث تحرمها عليه وسبعة وتسعون في رقبته انه اتخذ ايات الله هزوا وروى الطحاوي ايضا عن عمر بن الخطاب وعبد الله بن مسعود وانس بن مالك مثل ذلك فعلم بذلك ان ما رواه الخصم ليس بصحيح ولئن صح فانه منسوخ بما روينا لان ابن عباس افتى بخلاف ما روى عنه الخصم وهذا لان الاشيا كانت على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم على معان فجعلها اصحابه رضي الله عنهم بعده على خلاف ذلك لمعنى يقتضيه حتى كان يخفى الامر على من بعدهم فكان ذلك منهم حجة ناسخة لما قبلها الا ترى ان بيع امهات الاولاد حرام باجماع الصحابة ولكن لم يكن قبل ذلك وكذا

التوقيت في حد الخمر ثبت باجماعهم ولم يكن قبل ذلك توقيت فكذا الطلاق الثلاث لما حكموا بوقوعها جملة واجمعوا عليه لم يجز لنا خلافهم لان اجماعهم حجة غاية ما في الباب ان ايقاع الطلاق الثلاث جملة منهي والنهي لا يعدم المشروعية كما في صوم يوم العيد وعرف في الاصول بل هو دليل ظاهر على تحقق المنهي عنه الا ترى ان سنة الاحرام ان يحرم بعد ما يتطهر ويلبس ازارا ورداء فلو احرم وعليه جبة او قميص او يوجب لزمه الاحرام وكذا من افتتح للتطوع بعد العصر كان جائزا وقد اخطا السنة وكذلك اذا ترك الترتيب في الوضو يكون جائزا مع انه اخطا السنة وكذا اذا اشتغل بالبيع بعد الاذان يوم الجمعة يكون جائزا مع انه مكروه لقوله تعالى وذروا البيع وقياسهم على الوكيل ضعيف لان الوكيل يتصرف بحكم الامر فاذا خالف الامر لا يقع تصرفه صحيحا بخلاف الزوج فان تصرفه بحكم الملك فانه صار مالكا للطلقات بعقد النكاح فيقع تصرفه جائزا وان كان منهيا كالظهار فانه يقع وان كان منهيا لكونه منكرا من القول وزورا فان قلت نكاح المعتدة من الغير لا يجوز لانه منهي فينبغي ان لا يجوز الطلاق الثلاث بكلمة واحدة لانه منهي قلت لا نسلم ان القياس صحيح لان الطلاق خروج عن النكاح وبين الدخول في الشيء والخروج عنه بون الا ترى ان الصلاة يصح الخروج عنها بفعل منهي كما يصح بفعل مشروع ثم لا يجوز الدخول في الصلاة بفعل منهي فكذا هنا يجوز الخروج عن النكاح بفعل منهي ولا يجوز الدخول فيه بفعل منهي فافهم وكان القياس على صوم يوم العيد ان يقع نكاح المعتدة جائزا مع الفساد الا ان النكاح لما لم ينفك عن الحل لم يحتمل الفساد ولهذا لم يشرع في موضع لا حل فيه كالام والبنت ونحوهما قوله حتى يستفاد به الحكم بضم الدال لانه حال اي يستفاد بالطلاق الحكم وهو وقوعه قوله لان المحرم بكسر الراء المشددة اي المحرم للطلاق ويجوز بفتحها بان يقال ان المحظور تطويل العدة لا نفس الطلاق فانه مباح قوله وهي في المفرق على الاطهار ثابتة اي الحاجة الى الطلاق ثابتة في الطلاق المفرق على الاطهار نظرا الى دليل الحاجة وهو الاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة قوله والمشروعية في ذاته الى اخره جواب لقول الشافعي والمشروعية لا تجامع الحظر يعني ان الطلاق مشروع بالنظر الى ذاته محظور لمعنى في غيره وهو ان فيه قطع النكاح الذي تعلق به المصالح الدينية والدنيوية ولا منافاة لاختلاف الجهة فلم يلزم من اثبات المشروعية انتفا الحظر قوله لما قلنا اشارة الى قوله والاباحة لحاجة الى الخلاص اي اباحة الطلاق باعتبار الحاجة وهي تندفع بالواحدة فلا حاجة الى الثلاث فكذا هنا تندفع بالواحدة فلا حاجة الى الثنتين بخلاف المفرق على الاطهار فان الحاجة ثمة متحققة نظرا الى الدليل وقد مر بيانه قوله واختلفت الرواية في الواحدة البائنة اي اختلفت الرواية عن اصحابنا رضي الله عنهم فيما اذا طلق الرجل امراته في طهر لم يجامعها فيه طلقة واحدة بائنة فعلى رواية كتاب الطلاق من الاصل يكره لانه قال قد اخطا السنة وعلى رواية زيادات الزيادات لا يكره وجه رواية زيادات الزيادات ان صفة الابانة لا تنافي السنة كما في الثالثة في المفرق على الاطهار وكما في الخلع فانه بائن ومع هذا لا يكره وكذا الطلاق قبل الدخول بائن فلا يكره ووجه رواية الاصل ان اباحة الطلاق للحاجة ولا حاجة الى صفة زائدة فيكره الواحدة البائنة كالثانية والثالثة في غير المفرق على الاطهار قوله وفي الزيادات كان ينبغي ان يقول وفي زيادات الزيادات لان محمدا ذكر هذه المسالة فيها لا في الزيادات ويحتمل انه وقع سهوا من الكاتب او يحتمل انه انما قال كذلك لان زيادات الزيادات من تتمة الزيادات فجعل مسالة زيادات الزيادات كانها مسالة الزيادات قوله

والسنة في العدد يستوي فيها المدخول بها وغير المدخول لها وقد ذكرناها في اول الباب يعني ان
السنة في الطلاق من حيث العدد ان يطلقها واحدة ويتركها حتى تنقضي عدتها وانما سمي الواحد
عددا مجازا لانه اصل العدد وليس هو بعدد حقيقة لان العدد ما يوازي نصف مجموع
حاشيتيه عن بعد سوا وليس للواحد الا حاشية واحدة قوله والسنة في الوقت تثبت
في المدخول بها خاصة وهو ان يطلقها في طهر لم يجامعها فيه اعلم ان السنة في الطلاق من حيث
الوقت يعتبر في حق المدخول بها خاصة والمراد منها ان يطلقها في طهر خال عن الجماع اما غير المدخول
بها فيطلقها في الطهر والحيض جميعا ولا يكره وهذا المروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال
لابن عمر رضي الله عنه حين طلق امراته وهي حائض ما هكذا امرك الله تعالى انما السنة ان
تستقبل الطهر استقبالا فعلم بهذا ان الطلاق في حالة الحيض مكروه لمخالفة السنة بخلاف
غير المدخول بها فان طلاقها لا يكره في حالة الحيض والفرق ان المبيح للطلاق هو الحاجة الى
التفصي عن عهدة النكاح عند عدم موافقة الاخلاص والاقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة
وهو الطهر الخالي عن الجماع يدل على الحاجة فلا يكره لوجود المبيح وهو الحاجة بخلاف الطلاق
في حالة الحيض فانه لا يدل على الحاجة لانه ليس بزمان الرغبة فيها بل هو زمان النفرة فربما تحمله
على الطلاق نفرته عنها لتلوثها بالدم فيطلقها بلا حاجة الى الطلاق ثم اذا زمان الطهر يندم على ما
فعل فيكره الطلاق في الحيض لعدم المبيح وكذا الطلاق في طهر جامعها فيه يكره لانه يفتر رغبته
فيها بالجماع فيطلقها بلا حاجة اولان في الطلاق في الحيض يلزم تطويل العدة وفي الطلاق في الطهر يلزم
تلبيس امر العدة او يندم اذا جاء اوان الطهر او ظهر الحبل واليه اشار تعالى في قوله لا تدري لعل
الله يحدث بعد ذلك امرا اي يبدو له فيراجعها بخلاف غير المدخول بها فان رغبة المرء بها لا تفتر
بحيضها ورغبته بعد الحيض كما كانت قبله لان مقصوده لم يحصل منها فكان اقدامه على الطلاق
لحاجته اليه لا لنفرته عنها فلم يكره ولانه لا يلزم تطويل العدة لعدم وجوبها على غير المدخول
بها ولا يلزم التلبيس ايضا لانه بالجماع وكلا منافي غير المدخول بها فان قلت
العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب على ما عرف في اصول الفقه وقد قال عليه السلام لابن
عمر رضي الله عنه ما هكذا امرك الله تعالى فكيف فرقتم بين الحائض والحائض بالدخول وعدمه
في الكراهة وعدمها قلت المراد منه المدخول بها بدليل
ما روينا من الصحيح البخاري في اوايل الباب حيث قال في اخر الحديث فتلك العدة التي امر الله
ان يطلق لها النسا ولا عدة في غير المدخول بها فلا تكون مرادة الا ان ذكر تقييدها على م
المدخول بها فيكره طلاقها في الحيض وجوابه ان القياس مع وجود الفارق فاسد وكذا مضينا
الفرق فافهم قوله واذا كانت المراة لا تحيض من صغر او كبر فاراد ان يطلقها له
ثلاثا للسنة طلقها واحدة فاذا مضى شهر طلقها اخرى فاذا مضى شهر طلقها اخرى وهذه مسئلة
القدوري واراد بالتي لا تحيض من صغر التي لم تبلغ حد البلوغ وبالتي لا تحيض من كبر الايسة
وفي حد الاياس اختلاف المشايخ والمختار انه مقدر بخمس وخمسين سنة ثم اذا رات الدم بعد
ذلك هل يكون حيضا واختلفوا فيه ايضا والمختار انه حيض لان الحكم بالاياس كان بالاجتهاد
فاذا رات الدم فهو حيض بالنص فيبطل حكم الاياس الثابت بالاجتهاد ولهذا قال بعض
المشايخ انما يكون حيضا اذا رات دما اسود او احمر اما اذا رات اصفر او اخضر لا يكون حيضا
لان كون هذا الدم حيضا ثبت بالاجتهاد فلا يبطل حكم الاياس بالاجتهاد كذا في الفتاوى

الولوالجي وغيره وانما قيد القدوري بالصغيرة والايسة لان التي عند طهرها لا تطلق للسنة الا واحدة
لان الشهر ليس من فصول عدتها وانما يفرق الطلاق على الاشهر في الصغيرة والايسة ليفصل بين
طلاقين بشهر لان الشهر في حقهما فصل من فصول العدة كالحيضة فصل من فصول العدة في حق ذوات
الاقرا قال تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر واللائي لم
يحضن اي اشكل عليكم حكمهن وجهلتم كيف يعتددن فهذا حكمهن ومعنى قوله واللائي لم يحضن
اي عدتهن ثلاثة اشهر ايضا لكن حذف الخبر لدلالة المذكور عليه ثم بالحيضة يفصل بين كل
طلاقين في ذوات الاقرا فكذلك بالشهر يفصل بينهما في الصغيرة والايسة ثم اعلم ان الشهر قايم
مقام الحيض والطهر في حقهما او مقام الحيض وحده فيه اختلاف المشايخ قال شمس الايمة
السرخسي في المبسوط قايم مقام الحيض وحده واستدل بمسئلة الاستبرا يعني ان استبرا له
الامة اذا كانت لا تحيض من صغر او كبر بالشهر ولا شك ان الشهر قايم مقام الحيض لا الطهر
واليه ذهب صاحب النافع وغيره فانا اقول لا نسلم ان الشهر قايم مقام الحيض والطهر
جميعا واليه ذهب صاحب النافع وغيره فانا اقول لا نسلم ان الشهر قايم مقام الحيض وحده
ولئن كان كذلك لم يحتج الى اقامة ثلاثة اشهر مقام ثلاث حيض بل يكفي اقامة شهر واحد مقام
ثلاث حيض لان الحيض اكثره عشرة ايام ومدة ثلاث حيض تحصل في شهر واحد وهذا
ظاهر لكن اللازم منتف فينتفي الملزوم وايضا لو جعل كل شهر عوض حيضة واحدة حكما
يلزم ان يكون الطلاق بدعيا لا سنيا والتقدير بخلافه لانه يلزم ان يكون الطلاق في زمان
الحيض حكما لانه اقيم مقامه وايضا ان في ذوات الاقرا يتخلل الطهر بين كل حيضتين فاعتبر
الطهر ثمه وهو الاصل فيجب ان يبقى الذي قام مقامه ايضا ولا نسلم مسئلة الاستبرا ايضا لان المنظور اليه
لو كان هو الحيض وحده لحصل الاستبرا بعشرة ايام من غير انتظار الى شهر قال ابن الحميد الاتقاني
هذا مما سمح به خاطري في هذا المقام قوله في حقها بالشهر اي في حق الامة التي لا تحيض من
صغر او كبر قوله في حقها بالشهر اي في حق الامة التي لا تحيض من صغر او كبر قوله وهو
بالحيض اي الاستبرا قوله ثم ان كان الطلاق في اول الشهر يعتبر الشهور بالاهلة اعلم
ان طلاق التي لا تحيض من صغر او كبر يفرق على الاشهر الثلاثة بالاتفاق لكن لا يخلو من احد
الامرين اما ان يوقع اول التطليقات في غرة الشهر او في خلال الشهر فع الاول يعتبر الشهور
بالاهلة بالاتفاق نا قصا كان الشهر او كاملا وفي الثاني يعتبر الشهور بالايام في حق تفريق
الطلاق بالاتفاق وهي ثلاثون اما في حق انقضا العدة فعند ابي حنيفة رضي الله عنه يعتبر
الاشهر الثلاثة بالايام ايضا وعندهما يكمل الاول بالاخير بالايام ثلاثين يوما والمتوسطان
يعتبران بالاهلة لما ان الاصل في الاشهر الاهلة قال تعالى يسالونك عن الاهلة قل هي
مواقيت للناس الا اذا تعذر اعتبار الاهلة فحينئذ يعتبر الاشهر بالايام وقد تعذر اعتبار
الاهلة في الاول والاخير فيكمل احدهما بالاخر ولا تعذر في المتوسطين فاعتبرت الاهلة
كما هو الاصل ولابي حنيفة رضي الله عنه ان الشهر الاول ما لم يتم لا يدخل الشهر الثاني فاذا تم
الاول بايام الثاني ينتقص الثاني لا محالة فلا يمكن اعتبار الهلال فيه ايضا فيكمل الثاني بالثالث
ثم الثالث ينتقص فيكمل بالرابع فيعتبر ثلاثة اشهر تسعين يوما لتعذر الاهلة في الكل وعلى هذا
الخلاف اذا استاجر دارا شهورا معلومة او سنة في خلال الشهر فعند ابي حنيفة يكون السنة
ثلثمائة وستين يوما وعندهما يكمل الاول بالاخير وما بينهما فيعتبر بالاهلة وعلى هذا الاجل

في البيع قوله وان كان في وسطه هو بسكون السين فكل موضع يصلح فيه بين فهو بالسكون
والا فبالتحريك كذا قال اهل اللغة ولكن الوسط بالسكون يستعمل ظرفا فلم يكن حاجة الى كلمة
في بخلاف الوسط بالتحريك فانه اسم لابد له من في فيقال جلست في وسط المسجد وقد عرف في موضعه
قوله ويجوز ان يطلقها ولا يفصل بين وطيها وطلاقها بزمان اعلم انه اذا اراد ان يطلق
الصغيرة والايسة للسنة يطلقها متى شاء ولا يشترط بين وطيها وطلاقها الفصل بشهر وقال
زفر لابد من الفصل بشهر له ان السنة في حق ذوات الاقراء ان يطلقها بعد وطيها اذا حاضت
وطهرت والشهر في حق الصغيرة والايسة قايم مقام حيض وطهر فيفصل بشهر بين الوطي
والطلاق ولنا ان الكراهة في ذوات الاقراء لمعنى الندم اذا ظهر الحبل فاشترط ان تحيض
وتطهر بعد الوطي وهذا المعنى معدوم في الصغيرة والايسة لعدم توهم الحبل فلا
يشترط الفصل بشهر قوله لا يتوهم الحبل فيها اي في المراة التي لا تحيض من صغر او كبر
قوله باعتباره اي باعتبار توهم الحبل قوله عند ذلك يشتبه وجه العدة
اي عند توهم الحبل يشتبه على المراة وجه عدتها فلا تدري انها حايل فتعتد بالاقراء
او حامل فتعتد بوضع الحمل قوله ولكن تكثر من وجه اخر اي تكثر الرغبة لا يقال اذا تعارض
دليل كثرة الرغبة مع دليل فتور الرغبة تساقطا لانا نقول لا يلزم من زوال كثرة الرغبة
زوال اصل الرغبة فيكون الاقدام على الطلاق في زمان الرغبة وهذا التصحيح ما يرد على كلام
صاحب الهداية والتحقيق في الباب ما قلناه من المعنى اولا قوله وطلاق الحامل يجوز
عقيب الجماع وهذه ايضا من مسايل القدوري وذلك لان الكراهة في الطلاق بعد الجماع لمعنى
الندم لظهور الحبل وهذا المعنى لا يحصل في الحبلى لانه اذا طلقها مع العلم بالحبل فالظاهر
انه لا يندم قال القدوري رحمه الله ويطلقها للسنة ثلاثا يفصل بين كل تطليقتين بشهر عند
ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يطلقها للسنة الا واحدة ولفظ الجامع الصغير محمد عن
يعقوب عن ابي حنيفة في رجل يريد ان يطلق امراته ثلاثا للسنة وهي حامل قال يطلقها
للسنة واحدة وبعد شهر اخرى وبعد شهر اخرى وهو قول ابي يوسف وقال محمد لا تطلق
الحامل للسنة الا واحدة وقول زفر مثل قول محمد كذا في الكافي للحاكم الشهيد رحمه الله
وشروح الجامع الصغير والمختلف وغيرها واستدل محمد في الاصل وقال بلغنا ذلك عن
ابن مسعود وجابر بن عبد الله والحسن البصري رضي الله عنهم بيانه ان قول الصحابي اذا
كان فقيها مقدم على القياس ولان الشهر ليس من فصول عدة الحبلى ولهذا لا يعتبر انقضا
العدة بالشهر اصلا والشرع ورد بتفريق الطلاق على فصول العدة ولا فصول هنا فلا
يفرق الطلاق على الاشهر كما في الممتد طهرها بخلاف الايسة والصغيرة فان الشهر ثمة فصل
من فصول العدة ولان مدة الحبل وان طالت بمنزلة فصل واحد فلا يصلح لتفريق الطلاق
الا ترى ان الاستبرا يتقدر بها ولابي حنيفة وابي يوسف ان هذه مدة عدة فيفرق عليها
الطلاق للسنة بالاشهر كما في عدة الايسة والصغيرة والجامع كينونة الشهر بمنزلة طهر في
كونه زمان تجدد الرغبة وهذا لان الاصل في الطلاق الحظر وانما ابيح للحاجة الى الخلاص
ودليل الحاجة زمان تجدد الرغبة والزمان الممتد يصلح دليلا للحاجة وادنى ذلك شهر
ولهذا قدر به التقادم في الحدود ولهذا لو حلف ليقضين حق فلان عاجلا كان المراد ما دون
الشهر قال شمس الايمة السرخسي الحامل لا تحيض والشهر في حق الادمي من لا تحيض فصل من فصول

العدة في حق انقضا العدة وتفريق الطلاق ولكن ههنا في حق انقضا العدة وجدنا ما هو اقوى من الشهر وهو وضع
الحمل وفي حق تفريق الطلاق لم نجد ما هو اقوى من الشهر فبقي الشهر فصلا من فصول العدة في حق تفريق
الطلاق وان لم يبق في حق انقضا العدة هذا لفظه في مبسوطه قال ابن العميد الاتقاني والاصح عندي مذهب
محمد رحمه الله لان الله تعالى اوجب تفريق الطلاق على فصول العدة في قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن
وهنا في مدة الحبل لا يعتبر الشهر فصلا من فصول العدة فلا يفرق الطلاق على الاشهر ولهذا يقدر
استبرا الحبلى بوضع الحمل لا بالشهر ولقايل ان يمنع كلام شمس الايمة ويقول لا نسلم ان الشهر بقي فصلا
في حق تفريق الطلاق وان لم يبق في حق انقضا العدة وهذا لان تفريق الطلاق على فصول العدة بالاية
ولا فصول في عدة الحبلى لانها بوضع الحمل بالنص فلا يكون تفريق الطلاق ايضا لعدم الفصول
في عدة الحبلى فلا تطلق الا واحدة للسنة او نقول الشهر في حق من لا تحيض جعل فصلا من فصول
العدة في حق انقضا العدة وتفريق الطلاق جميعا والحبلى لا تحيض ولم يجعل الشهر فصلا من فصول
العدة في حق انقضا العدة فلا يجعل فصلا من فصولها في حق تفريق الطلاق ايضا لانه حين جعل
فصلا جعل في الامرين جميعا فاذا لم يجعل في احدهما لا يجعل في الاخر ايضا قوله لكونه
غير معلق الضمير راجع الى الوطي يعني ان زمان الحبل انما كان زمان الرغبة في الوطي لان الوطي في
حالة الحبل غير معلق فلا يلحقه مونة الولد قوله او فيها عطف على قوله والوطي والضمير راجع
الى الحامل يعني ان زمان الحبل زمان الرغبة في الوطي لما قلنا او هو زمان الرغبة في الحامل لاجل حصول
ولده من الحامل لان الولد داعي الى رغبة الرجل في امه فلما كان الزمان زمان الرغبة لا يكره طلاقها
عقيب الجماع قوله فصار كالممتد طهرها اي صار الشهر في حق الحامل كالشهر في الممتد طهرها لانه
ليس من فصول العدة فيهما جميعا فلا يعتبر بالشهر في حق تفريق الطلاق وقوله كالممتد طهرها بجر الممتد
بدون التانيث في اخره ورفع طهرها على انه فاعل لاسم الفاعل واذا اضفت الممتد الى الطهر فلا
بد من التانيث فتقول كالممتدة الطهر فعلى كلا التقديرين هو صفة لمحذوف اي كالمراة الممتد
طهرها كقوله تعالى من هذه القرية الظالم اهلها وانما لم يتبع الصفة الموصوف في هذه الصورة
في التانيث لانه فعل ما هو من سببه وعلى الوجه الثاني تقديره كالمراة الممتدة الطهر ونظيره من
كلام العرب مررت بامراة حايل وشاحها ومررت بامراة حايلة الوشاح وقد عرف في موضعه
قوله دليلها اي دليل الحاجة قوله وهذا اشارة الى كون الشهر دليل الحاجة وانما
قال على ما عليه الجبلة السليمة لان الشخص ربما لا يرغب في المراة في اكثر من شهرين وثلاثة لافة عارضة
في ذاته اما الشخص السليم عن الافة فلا بد ان يتجدد رغبته في المراة في شهر فصلح الشهر دليلا على
الحاجة قوله بخلاف الممتد طهرها لان العلم في حقها الطهر وهو مرجو فيها في كل زمان يعني ان دليل
الحاجة على ايقاع الطلاق في حق الممتد طهرها هو الطهر بعد الحيض والطهر بعد الحيض مرجو منها في كل
زمان لانه يمكن ان تحيض فتطهر بخلاف الحبلى فان الطهر بعد الحيض والطهر بعد الحيض مرجو منها
في كل زمان لانه يمكن ان تحيض فتطهر بخلاف الحبلى فان الطهر بعد الحيض لا يرجى منها لانها اذا رات
دما لا يعتبر حيضا فلما كان كذلك جعل الشهر دليل الحاجة في الحبلى دون الممتدة الطهر قوله
واذا طلق الرجل امراته في حالة الحيض وقع الطلاق وهذه من مسايل القدوري فيها اختلاف بيننا وبين
الشيعة فان عندهم لا يقع الطلاق كما قالوا في الطلاق الثلاث بكلمة واحدة لنا ان النهي يقتضي التصور
ولا يعدم المشروعية لان الشارع نهانا عن فعل يتكون لا عن فعل لا يتكون اذ لا يصح ان يقال للاعمى
لا تبصر وللانسان لا تطر فيقع الطلاق في حالة الحيض وان كان منهيا ولان النهي لمعنى في غيره لا لمعنى في

ذاته فلا ينعدم المشروعية وذلك لان النهي عن الطلاق في حالة الحيض انما ورد لمعنى تطويل العدة لا
لذات الطلاق لان الحيض الذي وقع فيه الطلاق ليس محسوب عن العدة فيلزم تطويل العدة فتتضرر
المراة به ولان النبي صلى الله عليه وسلم امر ابن عمر رضي الله عنهما حين طلق امراته حايضا بالمراجعة والرجعة
تقتضي سابقة الطلاق لا محالة وباقي التقرير مر في باب طلاق البدعة قوله ويستحب له ان يراجعها
وهذا لفظ القدوري ايضا وقال محمد في الاصل فينبغي له ان يراجعها وذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم
امر بالمراجعة ابن عمر رضي الله عنه ولانه اذا لم يراجعها تبين المراة بطلاق محظور وتطول العدة واذا
راجعها يندفع ذلك فلذا قال ينبغي له ان يراجعها قال صاحب الهداية الاستحباب قول بعض المشايخ والاصح
انه واجب ولنا فيه نظر لان محمدا لم يذكر في الاصل بلفظ الوجوب بل قال ينبغي له ان يراجعها قال
في الاصل واذا طلق الرجل امراته وهي حايض فقد اخطا السنة والطلاق واقع عليها فينبغي له ان
يراجعها فاذا طهرت من حيضة اخرى طلقها واحدة قبل الجماع فيصير طلقتين الى هنا لفظ محمد في
الاصل وشمس الايمة السرخسي رحمه الله نقل في المبسوط لفظ محمد كذلك ولم يذكر الوجوب نعم يحتمل
ان يكون الرجعة واجبة لان الامر بالمراجعة مطلق ومطلقه يدل على الوجوب ومنها رفع المعصية
بقدر الامكان لان طلاق الحايض محظور بدعي فيكون معصية لا محالة فاذا راجعها يرتفع اثر ذلك
وهو العدة ومنها دفع ضرر تطويل العدة على المراة وكل من رفع المعصية ودفع الضرر واجب فيكون
الرجعة واجبة لكن لا بد لجميع ذلك على ان ما ذكره القدوري قول بعض المشايخ مع ان محمدا قال في
الاصل لفظا يدل على الاستحباب قوله وهذا اشارة الى قوله عليه السلام فليراجعها قوله
والاصح انه واجب الضمير راجع الى المراجعة او الرجعة على تاويل الرجوع او فعل الرجعة قوله
برفع اثره اي اثر المعصية وتذكير الضمير على تاويل العصيان والمعصية الطلاق في حالة الحيض واثره
العدة ويجوز ان يقال الضمير راجع الى الطلاق ولكن الاول اظهر لكونه اقرب والمعنى واحد قوله
قال فاذا طهرت وحاضت ثم طهرت فان شا طلقها وان شا امسكها اي قال القدوري في مختصره كذلك
ثم قال صاحب الهداية وهكذا ذكر في الاصل اي ذكر محمد في المبسوط هكذا لانه قال فيه فاذا طهرت من
حيضة اخرى طلقها واحدة قبل الجماع وهذا يدل على ان الطهر الذي يباح فيه الطلاق هو الطهر الذي
بعد حيضة اخرى لا الطهر بعد حيضة اوقع فيها الطلاق ثم قال صاحب الهداية ذكر الطحاوي انه
يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة ثم قال قال ابو الحسن الكرخي ما ذكره قول ابي حنيفة وما ذكر في الاصل
قولهما يعني ان الشيخ ابا الحسن وفق بين الروايتين فقال رواية الطحاوي قول ابي حنيفة ورواية الاصل
قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وقال الامام الاسبيجابي رحمه الله في شرح الطحاوي ولو طلقها في حالة
الحيض وهي مدخول بها ثم راجعها ثم اراد ان يطلقها في الطهر الذي عقيب هذا الحيض له ذلك في قول
ابي حنيفة وزفر رضي الله عنهما وفي قول ابي يوسف ليس له ذلك وقول محمد مضطرب ذكر الطحاوي
قوله مع ابي حنيفة وذكر ابو الليث في مختلفه قوله مع ابي يوسف كذا في شرح الطحاوي وقال الطحاوي
في مختصره وقال ابو حنيفة اذا راجعها بعد ما طلقها في الحيض جاز له ان يطلقها في الطهر الذي يلي
الحيضة قال ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي قال محمد في كتاب الطلاق واذا طلقها في الحيض
راجعها فاذا طهرت من حيضة اخرى طلقها واحدة قبل ان يجامعها ولم يذكر فيه خلافا بين اصحابنا
وروى ابو الحسن الخلاف بينهم على ما ذكرنا الا انه ذكر ان محمدا مع ابي يوسف في ذلك قال وقال ابو يوسف
في الاملا لا يطلقها حتى يفصل بين الطلاق الاول والثاني بحيضة الى هنا لفظ شرح ابي بكر الرازي وجه
ما ذكر في الاصل ما حدث البخاري عن اسماعيل بن عبد الله عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر رضي الله

عنهما

عنهما انه طلق امراته وهي حايض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فسال عمر بن الخطاب رضي الله
عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال رسول الله مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض
ثم تطهر ثم ان شا امسك بعد وان شا طلق قبل ان يمس فتلك العدة التي امر الله ان يطلق لها النسا ولان
المسنون في الطلاق ان يقع الحيضة الكاملة بين طلاقين ولا يحصل ذلك الا بحيضة اخرى لان التي
وقع فيه الطلاق بعض الحيض ووجه القول الاخر وهو رواية الطحاوي ما ذكره في شرح الاثار وصاحب
السنن فيه والترمذي في جامعه مسندا الى محمد بن عبد الرحمن مولى ال طلحة عن سالم عن ابن عمر انه
طلق امراته وهي حايض فذكر ذلك عمر للنبي صلى الله عليه وسلم فقال مره فليراجعها ثم ليطلقها
اذا طهرت او وهي حامل فعلم بهذا ان الطلاق مباح في الطهر الذي يلي الحيضة التي وقع فيها الطلاق
ولانه طهر لم يجامعها فيه ولم يوقع فيه طلاقا بعد طلاق فيه فيسن الطلاق فيه كالطهر الذي
يلي الحيضة الثانية ولان اثر الطلاق لم يبق بالرجعة فصار كان الطلاق لم يكن فلو لم يكن الطلاق
واقعا في الحيض اصلا ثم طلقها في طهر يليه كان مسنونا فكذا هنا لزوال اثر ذلك بالرجعة قوله
وجه القول الاخر اراد به ما ذكره الطحاوي رحمه الله قال في التحفة ما ذكره الطحاوي قول ابي حنيفة وهو
القياس قوله يليه الضمير راجع الى الحيض قوله ومن قال لامراته وهي من ذوات الحيض
وقد دخل بها انت طالق ثلاثا للسنة ولا نية له فهي طالق عند كل طهر تطليقة وهذه من مسايل الجامع
الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل يقول لامراته وقد دخل
بها وهي ممن تحيض انت طالق ثلاثا للسنة ولا نية له قال يقع عند كل طهر واحدة وان نوى ان يقع الثلاث
جميعا الساعة كان كما نوى وان نوى ان تقع عند راس كل شهر واحدة فهو كما نوى وقوله وان نوى ان تقع
عند راس كل شهر واحدة من الخواص اما وقوع الطلاق عند كل طهر واحدة عند عدم النية فهو ظاهر
لان اللام في قوله للسنة مستعار للوقت كانه قال لوقت السنة ووقت السنة في الطلاق طهر خال عن
الجماع فيقع عند كل طهر طلقة واحدة واما وقوع الثلاث جملة اذا نوى ذلك فهو مذهبنا وعند زفر لا
يصح نيته بل تقع في اوقات السنة لانه نوى البدعة من السنة لانه نوى البدعة من السنة وبينهما
منافاة فلا يصح ولنا انه نوى ما يحتمله لفظه فيصح نيته لان النية تعيين بعض محتملات اللفظ بيانه
ان السنة نوعان سنة من حيث الوقوع اعني ان وقوعه عرف بالسنة ولهذا من انكر وقوع الثلاث جملة
ينسب الى مذهب الرفض والبدعة وهو خلاف السنة وسنة من حيث الوقوع والايقاع وهو ان يكون في
وقت السنة الا ان الاولى لما كانت قاصرة لم يحمل عليها مطلق الكلام لانصرافه الى الكامل واذا نوى ذلك
يصح لان اللفظ يحتمله وكذا يصح نيته اذا نوى ان يقع عند راس كل شهر واحدة لانه اذا نوى السني في الوقوع
دون الايقاع يصح عندنا وهنا يحتمل ان يكون سنيا في الوقوع والايقاع جميعا فيصح نيته بالطريق الاولى
وانما قلنا يحتمل ان يكون سنيا في الوقوع والايقاع لان راس الشهر جايز ان تكون المراة فيها طاهرا فيكون الطلاق
سنيا وقوعا وايقاعا وجايز ان يكون حايضا فيكون سنيا وقوعا لا ايقاعا وفيه السني الذي لا يحتمل الايقاع
بحسب السنة نصح كما اذا نوى الثلاث جملة فما يحتمله اولى وهذا فيما اذا كانت المراة من ذوات الاقرا
اما اذا كانت ايسة او صغيرة يقع الساعة واحدة ويقع بعد شهر طلقة اخرى وبعد شهر اخر طلقة
اخرى لان الثلاث للسنة هكذا تقع على الايسة والصغيرة وقد مر بيانه وان نوى وقوع الثلاث
جملة وقعت جملة عندنا خلافا لزفر وبيانه ما مر وهذا اذا صرح بالثلاث وقال انت طالق ثلاثا للسنة
اما اذا قال انت طالق للسنة ولم يذكر الثلاث فان لم ينو شيا يقع واحدة اذا طهرت من الحيض فان نوى
وقوع الثلاث في الاطهار يصح نيته لما قلنا ان اللام للوقت اما اذا نوى وقوعهن جملة فقال هنا لا يصح

لان نية الثلاث انما صحت باعتبار اقتضا اوقات السنة ذلك فاذا نوى الجمع بطل عدد الوقت فلزم من بطلان المقتضى بطلان المقتضا فلم يصح نية الثلاث وقال الحاكم الشهيد في الكافي اذا قال انت طالق للسنة ولم يسم ثلاثا فان نوى ثلاثا فهي ثلاث كلما طهرت من حيضة طلقت واحدة فان كانت لا ترى الحيض من صغر او كبر طلقت ساعة تكلم واحدة وبعد شهر اخرى وبعد شهر اخرى وان نوى ان يقعن جميعا في ذلك المجلس وظن ان السنة كذلك فهو كما نوى وقال شمس الايمة السرخسي في مبسوطه وهو شرحه الكافي وان نوى ان يقعن جميعا في ذلك المجلس فهو كما نوى لما بينا اي لان وقوع الثلاث جملة من مذهب اهل السنة اولان كون الطلاق ثلاثا عرف بالسنة **قوله** لانه بدعة اي لان الجمع بدعة وهي ضد السنة اي البدعة ضد السنة **قوله** ولنا انه محتمل لفظه اي ان الجمع محتمل لفظه وهو بفتح الميم الثاني على صيغة اسم المفعول ويجوز ان يكون اسم المكان **قوله** او من ذوات الاشهر يعني اذا كانت صغيرة **قوله** وقعت الساعة بالنصب على انها ظرف واحدة اي طلقة واحدة **قوله** وبعد شهر اخرى اي يقع بعد شهر طلقة اخرى **قوله** في حقها اي في حق الايسة او من كانت من ذوات الاشهر وهي الصغيرة **قوله** على ما بينا اشارة الى ما ذكر من التعليل قريبا من ورقة بقوله لان الشهر في حقها قايم مقام الحيض **قوله** لما قلنا اشارة الى قوله لانه سني وقوعا **قوله** فيفيد تعميم الوقت اي يفيد اللام في قوله للسنة تعميم الوقت **قوله** ومن ضرورته تعميم الواقع فيه اي يلزم من ضرورة تعميم الوقت تعميم الواقع في الوقت وهو الطلاق ولنا فيه نظر لان تعميم الوقت لا يستلزم تعميم الواقع فيه الا ترى انه لو قال لامراته انت طالق كل يوم ولم يكن له نية لا يقع الا طلقة واحدة عندنا خلافا لزفر مع ان الوقت عام كما ترى من لفظ العموم ولم يلزم منه عموم الواقع والتحقيق ما قررناه اولا **فصل**

قوله ويقع طلاق كل زوج اذا كان عاقلا بالغا ولا يقع طلاق الصبي والمجنون والنايم والاصل فيه ما روى محمد في الاصل بقوله بلغنا عن علي وابن عباس وابن مسعود رضي الله عنهم انهم قالوا كل طلاق جايز الا طلاق المعتوه والصبي وحدث الترمذي في جامعه مسندا الى ابي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كل طلاق جايز الا طلاق المعتوه المغلوب على عقله وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال رفع القلم عن ثلاث عن النايم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق وعن الصبي حتى يحتلم فدل ان طلاق هولاء لا يقع لان رفع القلم يدل على رفع الحكم ولان التصرف انما يصح بالاهلية وهي بالعقل المعتدل بالبلوغ فلم توجد الاهلية في الصبي والمجنون فلا يقع طلاقهما والنايم لا اختيار له اصلا فلا يقع طلاقه قال في الفتاوي الولوالجي العاقل من يستقيم حاله وكلامه غالبا ولا يكون غيره الا نادرا والمجنون ضده والمعتوه من يختلط حاله وكلامه فيكون هذا غالبا وذاك غالبا وفيه ايضا اذا طلق انسان امراة الصبي فبلغ الصبي فقال اجزت لا يقع ولو قال اوقعت عليها الطلاق الذي اوقعها فلان يقع وقال في خلاصة الفتاوي النايم اذا طلق امراته في المنام فلما استيقظ قال لامراته طلقتك في النوم لا يقع ولو قال بعد ذلك اجزت ذلك الطلاق لا يقع الطلاق ولو قال اوقعت ذلك الطلاق يقع وكذا الصبي ولو قال اوقعت ما تلفظت في حالة النوم لا يقع ثم قال ذكره الامام خواهرزاده رحمه الله وقال في شرح الطحاوي ولو ان الصبي والمجنون طلق امراته لم يقع طلاقه وكذلك المغمى عليه والمبرسم والمدهوش والنايم والمعتوه والذي شرب الدوا مثل البنج ونحوه فتغير عقله اذا طلق واحد من هولاء زوجته لم يقع طلاقه وقال ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي وروي عن ابن عمر رضي الله عنهما ان طلاق الصبي جايز لان الله تعالى لم يستثنه وقال سعيد بن المسيب اذا كان الصبي يعقل الصلاة جاز طلاقه الى

هذا لفظ ابي بكر الرازي وعند احمد بن حنبل اذا عقل الصبي الطلاق فطلق لزمه **قوله** وبما عدما العقل اي الصبي والمجنون اما المجنون فعدم عقله ظاهر وكذا الصبي في اول احواله وجوده فبعد ذلك قبل البلوغ لم يعتد العقله فلم يصح منه ما فيه ضرر عليه فصار كعديم العقل **قوله** وطلاق المكره واقع وهذه من مسايل القدوري ايضا اعلم ان الاكراه حمل الانسان على ما يكرهه وهو على نوعين كامل وقاصر فالكامل يسمى ملجيا والقاصر يسمى غير ملجي والملجي ما كان بوعيد تلف اعني تلف النفس والعضو مثل قوله لاقتلنك او لاجرحنك او لاقطعن عضوك وغير الملجي ما كان بوعيد ضرب او حبس ثم الاكراه بنوعيه لا يعدم الاختيار ولكن يعدم الرضا والقاصر لا يفسد الاختيار والكامل يفسده فما كان شرطه الرضا فيكون فاسدا بالاكراه كالبيع والاجارة وما لا فلا كالطلاق والعتاق وقد مر تحقيق ذلك في شرحنا الموسوم بالتبيين ثم اعلم ان طلاق المكره واقع لا خلاف فيه بين اصحابنا رضي الله عنهم وقال الشافعي لا يقع طلاقه له قوله عليه السلام رفع عن امتي الخطا والنسيان وما استكرهوا عليه ولان الاكراه يعدم به الاختيار ولا يصح التصرف بدونه وذلك لان المكره انما يفعل ما يفعله لا عن قصد صحيح بل عن اضطرار ولهذا اذا اكره على الاقرار بالطلاق لا يصح اقراره بخلاف الهازل فان له اختيارا فيقع طلاقه باختياره ولنا ما روينا عن علي وابن عباس وابن مسعود انهم قالوا كل طلاق جايز الا طلاق المعتوه والصبي وروى الترمذي مسندا الى ابي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال كل طلاق جايز الا طلاق المعتوه المغلوب على عقله فدل الحديث بعمومه على وقوع طلاق المكره وقد روى محمد بن الحسن رحمه الله في الاصل عن صفوان بن عمرو الطايي ان امراة كانت تبغض زوجها فوجدته نايما فاخذت شفرة وجلست على صدره ثم حركته فقالت لتطلقني ثلاثا او لاذبحنك فناشدها الله فابت فطلقها ثلاثا ثم جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله عن ذلك فقال عليه السلام لا قيلولة في الطلاق وروي عن عمر رضي الله عنه انه قال اربع مبهمات مقفلات ليس فيهن رد بيدي النكاح والطلاق والعتاق والصدقة ولان الاكراه لا يزيل الخطاب ولهذا دخل المكره تحت الخطاب بقوله تعالى الا من اكره وقلبه مطمين بالايمان وهذا في غير ما اكره عليه ظاهر وكذا فيما اكره عليه الا ترى انه يباح له الفعل مرة ويفترض اخرى كشرب الخمر وتارة يحرم كالقتل والزنا فدل على تحقق الخطاب فلما تحقق الخطاب صح تصرفه لصدوره من اهله مضافا الى محله غاية ما في الباب انه يعدم الرضا بالاكراه والطلاق لا يتوقف على الرضا ولهذا يقع طلاق الهازل مع انه غير راض بوقوع الطلاق وذلك لما روي في السنن مسندا الى ابي هريرة رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة ولا نسلم ان المكره عديم الاختيار بل له اختيار لانه ابتلي بين الشرين فاختار اهونهما عليه والجواب عن الحديث الذي رواه الخصم فنقول لا يخلو اما ان يكون المراد برفع الخطا والنسيان والاكراه حقيقة ذلك او حكم ذلك فلا يجوز الاول لانه قد يوجد حقيقة ذلك وهذا ظاهر فتعين الثاني ثم هو على نوعين اما ان يراد به حكم الدنيا او حكم الاخرة فلا يجوز الاول لان في القتل الخطا يجب الدية والكفارة بالنص وذلك من احكام الدنيا وكذا جماع المكره يوجب الغسل ويفسد عليه حجه وصومه وذلك من احكام الدنيا فتعين الثاني ولو حكم الحرج ولو رفع الاثم هذه الاشيا به نقول فلم يبق للخصم حينئذ حجة بالحديث اصلا فاما طلاق الاقرار بالطلاق حيث لا يصح لانه اخبار يحتمل الصدق والكذب وقيام السيف على راسه دليل على انه كاذب فما كان كاذبا فلا يكون صدقا بخلاف الانشا لانه لا يحتمل الكذب ولهذا اذا اقر بالطلاق هازلا لم يقع واذا انشا به هازلا يقع **قوله** ان الاكراه لا يجامع الاختيار يعني بينهما منافاة فلا يجتمعان ولهو

ممنوع قوله به اي بالاختيار في حال اهليته اي في حال كونه عاقلا بالغا قوله ظلا يعرى عن
قضيته والضمير في قضيته راجع الى ايقاع الطلاق او قضيته وقوع الطلاق والقضية
الحكم قوله دفعا لحاجته اي لحاجة المكره وحاجته اي تخلص عما توعد به من القتل والجرح
ونحو ذلك بايقاع الطلاق فيقع كما يقع طلاق الطايع دفعا لحاجته قوله وهذا لانه عرف
الشرين اشارة الى قوله قصد ايقاع الطلاق يعني انما قلنا انه قصد ذلك لانه عرف الشرين فاختار
اهونهما و هذا التعليل دفع جوابا عما قاله الخصم بقوله ان الاكراه لا يجامع الاختيار قوله
وهذا اية القصد والاختيار اهون الشرين علامة الاختيار قوله بحكمه الضمير راجع الى
ايقاع الطلاق وحكمه وقوع الطلاق قوله وذلك غير مخل به اي عدم بحكم الطلاق غير مخل
بحكمه ولهذا يقع طلاق الهازل مع عدم الرضا بالوقوع قوله وطلاق السكران واقع واختيار
الكرخي والطحاوي انه لا يقع وهو احد قولي الشافعي وكان القياس ان يقدم الطحاوي في الذكر على
الكرخي الا ترى ان الكرخي يذكر في كتبه قول الطحاوي قال ابو سليمان الخطابي في شرحه لسنن ابي
داود في كتاب الامارة اختلف العلما في اقوال السكران فقال مالك والثوري والاوزاعي والشافعي
طلاق السكران لازم و هو قول اصحاب الراي وقد روي ذلك عن سعيد بن المسيب وعطا والحسن
والنخعي وابن سيرين ومجاهد وقال ربيعة بن ابي عبد الرحمن والليث بن سعد واسحاق بن راهويه
وابو ثور والمزني طلاقه غير لازم وقد روي ذلك عن عثمان بن عفان وابن عباس وهو قول
القاسم بن محمد وعمر بن عبد العزيز وطاوس ووقف احمد بن حنبل عن الجواب في هذه المسئلة فقال
لا ادري الى هنا لفظ الخطابي وجه قول الشافعي ما روي في الصحيح البخاري عن عثمان بن عفان
رضي الله عنه قال ليس لمجنون ولا لسكران طلاق ولان السكران ليس له قصد صحيح فلا يقع طلاقه
كالصبي والمجنون ولهذا لو شرب البنج او الدوا فسكر لا يقع طلاقه بالاتفاق فكذا اذا سكر من
النبيذ او الخمر والجامع عدم القصد الصحيح ولا معنى لايقاع طلاقه تشديدا وتغليظا عليه لانه
لو كان لهذا الوصف اثر لصحت ردة السكران تغليظا عليه ولان غفلة السكران فوق غفلة النايم لان
النايم يتنبه بالتنبيه دون السكران فطلاق النايم لا يقع فاولى ان لا يقع طلاق السكران ولنا ما
روينا قبل هذا كل طلاق جايز الا طلاق المعتوه والصبي ولان السكران مكلف لقوله تعالى لا تقربوا
الصلاة وانتم سكارى ولهذا يجب عليه القصاص وحد القذف وطلاق المكلف واقع ولا نسلم ان
عقله يزول بالسكر بل يستتر سروره فيعجز عن استعمال عقله ولين سلمنا انه زوال لكنه زال بسبب
هو معصية فيجعل عقله كالقايم عقوبة عليه بخلاف شرب البنج والدوا فان ذلك للتداوي غالبا
فلا يكون زوال العقل بسبب المعصية ولين دفع على وجه المعصية فلا يقع طلاقه ايضا لان
الحكم للغالب لا للنادر ولهذا لو شرب الخمر او النبيذ فاخذه الصداع فزال عقله بالصداع لا
بالسكر لا يقع طلاقه لان زوال العقل لم يحصل بسبب هو معصية لا يقال الحكم كما يضاف الى العلة
يضاف الى علة العلة فينبغي ان يقع طلاق من زوال عقله بالصداع لانا نقول انما يضاف الى
علة العلة اذا لم يكن للعلة صلاحية الاضافة والعلة هنا صالحة للاضافة فلا يضاف الى علة
العلة على انا نقول قياس طلاق السكران على طلاق من زوال عقله بالبنج مطلقا لا يصح لان صاحب
المحيط قال ذكر عبد العزيز الترمذي سالت ابا حنيفة وسفيان عن رجل شرب البنج فارتفع الى راسه
فطلق امراته قال ان كان حين شرب يعلم انه ما هو تطلق امراته وان لم يعلم لم تطلق بخلاف
النايم فان ايقاعه ليس بايقاع لان النوم مانع من العمل بخلاف السكر فانه ليس بمانع من العمل ولان

غفلة

غفلة النايم ليست بسبب هو معصية بخلاف غفلة السكران فافترقا وبخلاف ردة السكران
فانها مبنية على الاعتقاد فلم يصح ردته لعدم ركنها لعدم الاعتقاد لا للتخفيف عليه بعد تقرر
سببها ثم اعلم ان صاحب التحفة قال طلاق السكران واقع سوا سكر بالخمر او بالنبيذ وعلى احد
قولي الشافعي لا يقع ثم قال و هو اختيار الطحاوي وقال في خلاصة الفتاوي ولو شرب من الاشربة
التي تتخذ من الحبوب و العسل فسكر فطلق لا يقع عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد وجملة الكلام
فيه ما قال فخر الاسلام البزدوي رحمه الله في اصوله السكر نوعان سكر بطريق مباح وسكر بطريق
محظور اما السكر بالمباح فمثل من اكره على شرب الخمر بالقتل فانه يحل له وكذلك المضطر اذا شرب
منها ما يرد به العطش فسكر به وكذلك اذا شرب دوا فسكر به مثل البنج والافيون او شرب لبنا
فسكر به وكذلك على قول ابي حنيفة اذا شرب شرابا يتخذ من الحنطة او الشعير او العسل فسكر
منه حتى لم يحد على قول ابي حنيفة في ظاهر الجواب فان السكر في هذه المواضع بمنزلة الاغماء
يمنع من صحة الطلاق والعتاق وساير التصرفات لان ذلك ليس من جنس اللهو فصار من اقسام
المرض وبعض هذه الجملة مذكور في النوادر واما السكر المحظور فهو السكر من كل شراب محرم
وكذلك السكر من النبيذ المثلث او نبيذ الزبيب المطبوخ المعتق لان هذا وان كان حلالا عند ابي
حنيفة وابي يوسف فانما يحل بشرط ان لا يسكر منه و ذلك من جنس ما يتلهى به فيصير السكر منه مثل
السكر من الشراب المحرم الا ترى انه يوجب الحد الى هنا لفظ فخر الاسلام ثم قال ويصح عباراته كلها
بالطلاق والعتاق والبيع والشرا والاقارير وقال في التحفة المكره على شرب الخمر او المضطر اذا شرب
فسكر قال طلاقه لا يقع لان هذا ليس بمعصية ثم قال وبعض المشايخ قالوا يقع وقال في الايضاح يقع
لان الزوال حصل بفعل هو محظور في الاصل والاول هو الصحيح قوله وطلاق الاخرس واقع
بالاشارة وهي مسئلة القدوري قال شمس الايمة السرخسي في المبسوط وان كان الاخرس لا يكتب وكانت
له اشارة تعرف في نكاحه و طلاقه وشرابه وبيعه فهو جايز استحسانا وفي القياس لا يقع شي من ذلك
باشارته لانه لا يستبين من الاشارة حروف منظومة فيبقى مجرد قصد الايقاع و بهذا لا يقع الا
ترى ان الصحيح لو اشار لم يقع شي من التصرفات باشارته ولكنه استحسن فقال الاشارة من الاخرس
كالعبارة من الناطق الا ترى ان في العبادات جعل هكذا حتى اذا حرك شفتيه بالتكبير والقراة جعل
ذلك بمنزلة القراة من الناطق فهكذا في المعاملات وهذا لاجل الضرورة فلو لم يجعل اشارته
كعبارة الناطق لمات جوعا وعريا اما اذا لم يكن له اشارة معلومة يعرف ذلك منه او شك فيه فهو
باطل لعدم الوقوف على مراده ثم في وقوع الطلاق بكتاب الاخرس وجوه سنبينها ان شا الله تعالى
اذا وصلنا الى مسايل شتى في اخر كتاب الهداية بعونه تعالى قوله وطلاق الامة ثنتان
حرا كان زوجها او عبدا و طلاق الحرة ثلاث حرا كان زوجها او عبدا و هذا لفظ القدوري في
مختصره اما لفظ محمد في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه قال الطلاق
بالنسا والعدة بالنسا اعلم ان عدد الطلاق معتبر بالنسا عند اصحابنا رحمهم الله وكذلك العدة و هو
مذهب سفيان واحمد واسحاق وعند الشافعي يعتبر عدد الطلاق بالرجال والعدة بالنسا وهو
قول ملك في الموطا وثمرة الخلاف تظهر في حرة تحت عبد او في امة تحت حر ولا خلاف في حرة تحت
حر او في امة تحت عبد واحتج مالك بما روي في الموطا عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب ان مكاتبا
لام سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم طلق امراة حرة تطليقتين فاستفتا عثمان بن عفان
رضي الله عنه فقال حرمت عليك و كذلك استفتي زيد بن ثابت رضي الله عنه فقال ابي

طلقت امراة حرة تطليقتين فقال زيد بن ثابت رضي الله عنه حرمت عليك واحتج اصحاب الشافعي
بقوله عليه السلام الطلاق بالرجال والعدة بالنسا ولان الزوج هو المالك للطلاق المتصرف
فيه فيعتبر عدد الطلاق بحاله دون حال المراة ولنا ما روي الترمذي مسندا الى عايشة رضي الله
عنها ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال طلاق الامة تطليقتان وعدتها حيضتان بيانه ان النبي
صلى الله عليه وسلم ذكر الامة محلاة بالالف واللام فيقتضي ان يكون جنس طلاق الامة تطليقتين
سوا كان زوجها حرا او عبدا لعدم العهد ولان الله تعالى قابل الطلاق بالعدة في قوله فطلقوهن
لعدتهن وعدة الامة كيف كان زوجها حيضتان فيكون طلاقها تطليقتين تحقيقا للمقابلة وههنا
لطيفة وهي ان عيسى بن ابان رحمه الله الحم الشافعي فقال ايها الفقيه اذا ملك الحر على امراته الامة
ثلاث تطليقات كيف يطلقها في اوقات السنة فقال يوقع عليها واحدة فاذا حاضت وطهرت اوقع
اخرى فلما اراد ان يقول فاذا حاضت وطهرت قال حسبك فان عدتها قد انقضت فلما تحير رجع وقال
ليس في الجمع بدعة ولا في التفريق سنة ولان الطلاق يبتني على حل المحل لان الطلاق رفع الحل الثابت
بالنكاح ومحلية النكاح نعمة في حق المراة لكونها وسيلة الى مقاصد النكاح كما ان مالكية النكاح نعمة في
حق الرجل لكونه وسيلة الى مقاصد النكاح ثم الرق اثر في تنصيف المالكية ولهذا جاز للحر ان يتزوج اربعا
والعبد ان يتزوج ثنتين فينبغي ان يوثر في تنصيف المملوكية حتى يكون تزول حل الامة على نصف تزول
حل الحرة فكان ينبغي ان يكون طلاقها طلقة ونصفا لكن الطلاق لما لم يكن متجزيا تكامل فصار طلاق
الامة تطليقتين والجواب عن فتوى عثمان وزيد رضي الله عنهما فنقول تقليد الصحابي عندهم ليس بجايز
فكيف يحتجون به علينا مع ان حديث عايشة رضي الله عنها صح مرفوعا الى النبي صلى الله عليه وسلم وقد صح
ايضا عن علي وابن مسعود خلاف عثمان واما الحديث الاخر فليس بثابت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
ولين شككت فيما اقول فارجع الى كتب الحديث كالموطا والصحيح البخاري وغير ذلك فهل ترى له اثرا
سوى ان ابا عبيد الهروي رحمه الله ذكره في غريب الحديث وقال انه من كلام عثمان وزيد رضي الله
عنهما او نقول انه محتمل فلا يصلح حجة للخصم بان يراد وجود الطلاق وايقاعه بالرجال لا بايقاع النسا
كما كانت المراة تصنع في الجاهلية اذا كرهت زوجها فتخير البيت فكان ذلك طلاقا منها **قوله** اي هو
ومعنى الادمية في الحر اكمل بدليل ان الحر يصلح للقضا والشهادة دون العبد **قوله** ما روي الشافعي
قوله واذا تزوج العبد امراة وطلق وقع طلاقه عليها ولا يقع طلاق مولاه على امراته وهي
مسيلة القدوري وانما ملك العبد الطلاق لان العبد فيما هو من خصايص الادمية مبقي على اصل الحرية
ولا يوثر فيه الرق الا ان في النكاح وان كان من خصايص الادمية احتيج الى اذن المولى لانه لم يشرع بلا
مال وفيه ضرر بالمولى ولان حل المحل ثبت للعبد بعد اذن المولى في النكاح لا للمولى فلما كان ملك الحل
للعبد خاصة والملك عبارة عن المطلق الحاجز ثبت ازالة الحل ايضا له دون مولاه **باب**
ايقاع الطلاق لما ذكر اصل الطلاق ووصفه شرع في بيان تنويعه من حيث الايقاع لانه لا يخلوا
اما ان يكون بالصريح واما ان يكون بالكناية والصريح ما كان ظاهر المراد لغلبة الاستعمال والكناية
ما كان مستتر المراد فيحتاج فيه الى النية ثم الطلاق لا يخلوا اما ان يكون مرسلا او مضافا الى الوقت
او معلقا بشرط فالمرسل يقع من ساعته سوا كان سنيا او بدعيا والمضاف الى وقت كما اذا قال انت طالق
غدا او راس الشهر او يوم الجمعة وما شاكله لا يقع الا بوجود الوقت والمعلق بالشرط مثل ان يقول انت
طالق ان دخلت الدار او ان كلمت فلانا لا يقع الا بوجود الشرط وكذلك في الفاظ الكناية وسيجي الفاظها
قوله فالصريح قوله انت طالق ومطلقة وطلقتك فهذا يقع به الطلاق الرجعي وهذا لفظه

القدوري اما لفظ محمد في الجامع الصغير فهو محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في
رجل يقول لامراته انت طالق قال اي شي نوى لم يكن الا واحدة يملك الرجعة وانما وقع الرجعي
لان اللفظ صريح في الطلاق لغلبة الاستعمال فيه ولا دلالة فيه على البينونة فيقع الرجعي
ولانه اذا نوى الابانة لا يصح نيته لانه قصد تنجيز المعلق شرعا فيرد عليه بيانه ان الشرع علق
البينونة بانقضا العدة في الطلاق الرجعي وهو قصد تنجيز ذلك فيكون قصده مردودا كالوارث
اذا قتل مورثه يحرم الميراث لانه قصد تعجيل ما اخره الشرع واما اذا نوى الطلاق عن وثاق
اي قيد لا يصدق قضا لصرف الكلام عن ظاهره ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى لاحتمال كلامه
ذلك والله تعالى مطلع على نيته واما اذا نوى الطلاق عن العمل لا يصدق ديانة ايضا لانه نوى ما لا
يحتمله لفظه لان المراة ليست بمقيدة بالعمل حتى يكون طالقا عنه وعن ابي حنيفة يصدق ديانة
خاصة رواه الحسن عن ابي حنيفة على معنى انت متخلصة من العمل لان الطلاق يستعمل في التخليص
هذا اذا لم يصرح اما اذا صرح وقال انت طالق من وثاق قال اصحابنا لا يقع عليها شي في القضا لان المراة
توصف بانها طالق من وثاق وانما اللفظ ليس مستعمل فيه فاذا صرح به حمل عليه بخلاف ما اذا
صرح وقال انت طالق من هذا العمل لا يصدق قضا لان الطلاق ليس مستعمل فيه لا حقيقة ولا
مجازا ويصدق ديانة لاحتمال اللفظ وان كان خلاف الظاهر كذا قال الشيخ ابو نصر البغدادي وغيره
واما اذا قال انت مطلقة باسكان الطا وتخفيف اللام لا يقع الطلاق الا بالنية لان لفظ الاطلاق
ليس مختص بالنسا فيحتاج فيه الى النية **قوله** وكذا اذا نوى الابانة اي يقع الطلاق الرجعي اذا
نوى الابانة بهذه الالفاظ اعني بقوله انت طالق وبقوله مطلقة وبقوله طلقتك **قوله**
لانه يحتمله اي لان الطالق عن وثاق الوثاق بفتح الواو وكسرها لغتان والافصح الفتح **قوله** وهو غير معتبر بالعمل على التذكير وفتح البا المشددة وكسرها
يحتمل الطلاق عن وثاق
فتح الفتح اي الشخص وهي المراة غير معتبر بالعمل بل بالنكاح فلا يصح نية الطلاق عن العمل قضا وديانة
ومعنى الكسر اي الزوج غير معتبر المراة بالعمل فلا يصح نية الطلاق عن العمل اصلا وفي بعض
النسخ وهي غير معتبرة بالعمل بالتانيث على صيغة اسم المفعول والضمير راجع الى المراة والتعريب
ظاهر **قوله** ولا يقع به الا واحدة وهذا من كلام القدوري متصل بقوله فهذا يقع
به الطلاق الرجعي اي لا يقع بكل واحد من الالفاظ الثلاثة المذكورة الا واحدة قال
شمس الايمة السرخسي رحمه الله في المبسوط فلو نوى بقوله انت طالق ثلاثا او ثنتين لا يعمل
نيته عندنا ولا يقع عليها الا واحدة رجعية وعلى قول زفر والشافعي رحمهما الله يقع ما نوى
وهو قول ابي حنيفة الاول وجه قول زفر والشافعي ان الصريح اقوى من الكناية فاذا صح نية
الثلاث فيها فلان تصح في الصريح اولى ولان قوله طالق في قوله انت طالق يحتمل العدد فلولا
انه يحتمله لم يصح قران العدد به في قوله انت طالق ثلاثا فيصح نية العدد لاحتماله ولهذا
اذا قال لها طلقي نفسك ونوى به الثلاث يصح بالاتفاق فكذا اذا قال طلقتك ونوى بها الثلاث
ينبغي ان يصح نيته لان كل واحد منهما فعل ولنا ما روي في الصحيح البخاري وغيره ان ابن عمر
رضي الله عنهما طلق امراته وهي حايض فامره النبي صلى الله عليه وسلم بان يراجعها ولم يستفسره
انه اراد الثلاث ام لا فلو كان لفظ الصريح يحتمل ذلك لاستفسر رسول الله صلى الله عليه وسلم
وحلفه على ذلك كما حلف ركانة في لفظ البتة وذلك ان صاحب السنن روي مسندا الى نافع
بن عجير بن عبد يزيد بن ركانة ان ركانة بن عبد يزيد طلق امراته سهيمة البتة فاخبره

النبي صلى الله عليه وسلم بذلك فقال والله ما اردت الا واحدة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم
والله ما اردت الا واحدة فقال ركانة والله ما اردت الا واحدة فردها اليه رسول الله صلى
الله عليه وسلم وطلقها الثانية في زمان عمر والثالثة في زمان عثمان رضي الله عنه ولان نية
الثلاث لو صحت لا تخلوا من احد الامرين اما ان تصح في الملفوظ او في غير الملفوظ ولا يجوز الثاني
لان احكام الشرع لا تثبت بمجرد القصد والنية ولهذا لو قال لها اسقيني او روي اباك او جي ونوى
به الطلاق لا يصح ولا يجوز الاول ايضا لان الطالق صيغة الواحد فلا يحتمل العدد لمنافاة بينهما فلا
يصح نية الثلاث ولان ثبوت الطلاق في هذه الالفاظ بسبيل الاقتضا شرعا لا لغة كيلا يلزم
الكذب في خبر المسلم والثابت بالاقتضا ضروري يتقدر بادنى ما يندفع به الضرورة فلا
يتعمم فلا يصح نية الثلاث بخلاف قوله طلقي نفسك لانه صحيح لغة لا يدخله الكذب لكونه
طلبا ودلالته على المصدر لغوية لا ضرورية فصحت نية الثلاث فان قيل
لم قلتم ان الطلاق في المتنازع فيه ثابت شرعا لا لغة كيلا يلزم الكذب قلنا
اسم الفاعل يدل ابدا اذا لم يكن علما على قيام المشتق منه وهو المصدر به كالضارب والكاتب
والقاتل ولا يصح ان يقال انت ضارب او كاتب او قاتل لمن لم يكن موصوفا بالضرب والكتابة
والقتل فكذا في قوله طالق لا يصح ان توصف به المراة لغة لان الطلاق لم يكن ثابتا في ذات
المراة قبل الخبر فعلم ان اثبات الطلاق في قوله انت طالق اقتضا شرعي لا لغوي وكذا في
قوله مطلقة وطلقتك فافهم فان قيل سلمنا ان الطالق لا يدل على العدد
فلا يصح نية الثلاث من هذا الوجه ولكن لا نسلم انه لا يدل على الثلاث من وجه اخر بيانه ان الطالق
صيغة الواحد والواحد اما ان يكون حقيقيا وهو الذي لم ينضم اليه غيره او اعتباريا وهو الذي ينضم
اليه غيره لكن اعتبر واحدا لكونه واحدا عند تعداد الاجناس وهنا ان لم يصح نيته باعتبار انه ليس
بواحد حقيقة فينبغي ان يصح نيته باعتبار انه واحد اعتبارا ولهذا المعنى يصح نية الثلاث من قوله
انت باين مع انه صيغة الواحد قلنا هذه مغالطة بيانها ان الذي يكون
واحدا عند تعداد الاجناس هو الجنس وهو الطلاق لا الطالق فلا يصح نية الثلاث منه والطلاق
ثابت ضرورة والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة فلم يصح نية الثلاث ايضا بخلاف قوله
انت باين فان البينونة على نوعين خفيفة وغليظة فاي نوعيها نوى صح فان قيل
فاي فرق بين انت طالق وبين انت باين وكلاهما صيغة الخبر ثم اثبتم الطلاق في انت طالق بسبيل
الاقتضا كيلا يلزم الكذب وفي قوله انت باين ايضا يلزم الكذب لغة لو لم يثبت البينونة اقتضا ثم
ما جوزتم نية الثلاث في انت طالق لان الضرورة تندفع بالادنى فينبغي ان لا تجوز نية الثلاث
ايضا في انت باين لان الضرورة تندفع بالادنى من نوعي البينونة وهي الخفيفة قلنا
ثبوت البينونة في انت باين وان كان اقتضا ليس مثل ثبوت الطلاق في انت طالق لان الطلاق بعد
ان ثبت اقتضا يقع سوا وجدت النية او لم توجد والبينونة بعد ان تثبت اقتضا لا يقع بها اصلا
لا الادنى ولا الاعلى الا اذا وجدت النية فاذا نوى اتم نوعي البينونة وهي الغليظة ثبت ذلك فصار
كانه قال ابتدا انت باين بثلاث بخلاف قوله انت طالق حيث يقع به الواحد فاذا نوى الثلاث
يلزم الزيادة على قدر الضرورة فلا تصح وهذه الاسئلة والاجوبة سمح بها خاطري في هذا المقام
بالالهام الرباني والتوفيق الصمداني واصحابنا لهم طول وعرض في هذه المسئلة في طريقة الخلاف
غير ما قلت ولاولي الالباب مقنع فيما بينت والله الهادي والجواب عن قران العدد فاقول ان

العدد

العدد صفة لمصدر محذوف وحذف الموصوف واقامة الصفة مقامه سايغ في كلام
العرب كما في قوله تعالى فيهن قاصرات الطرف اي نسا قاصرات الطرف فكذا ههنا معناه
انت طالق طلاقا ثلاثا فلم يدل على ان صيغة الطالق نفسها تحتمل العدد بل الاحتمال نشا من المصدر
المحذوف الذي دل عليه صفته القايمة مقامه والمصدر يدل على العدد الا ترى الى قوله تعالى
وادعوا ثبورا كثيرا قوله لانه يحتمل لفظه على صيغة اسم المفعول اي لان ما نوى وهو الثلاث
يحتمل لفظه لان الطالق يدل على الطلاق لغة والمصدر المحذوف والمذكور سوا فيصح به
الثلاث من قوله انت طالق وجوابه لا نسلم ان هذا الكلام صحيح لغة لانه كذب محض لما مر بيانه
والمقتضى لا عموم له عندنا لانه ضروري فلا يصح نية الثلاث قوله ولهذا يصح
قران العدد به ايضا لكون ذكر الطالق ذكرا للطلاق وجوابه مر قوله على التفسير
اي على التمييز قوله وذكر الطالق ذكر لطلاق هي صفة للمراة لا لطلاق هذا جواب
عن قول الشافعي بطريق التسليم بيانه ان الشافعي قال ذكر الطالق ذكر للطلاق فيصح
نية الثلاث فقال سلمنا ان ذكره ذكر له لكن للطلاق الذي هو صفة قايمة بالمراة لانك
تقول طلقت المراة طلاقا فهي طالق لا للطلاق الذي هو صفة الرجل وهو الذي بمعنى
التطليق كالبلاغ بمعنى التبليغ والسلام بمعنى التسليم ثم صفة المراة ليست بملفوظة فلا يصح
فيها النية وانما يصح نية الثلاث في التطليق الذي هو صفة الرجل لكنه ليس يدل عليه لفظ
طالق لغة فلم يصح النية فافهم قوله واذا قال انت الطلاق او انت طالق الطلاق او انت
طالق طلاقا فان لم يكن له نية او نوى واحدة او ثنتين فهي واحدة رجعية وان نوى ثلاثا
فثلاث وقوله انت الطلاق من الخواص وفي الاصل طلقتك طلاقا اعلم ان وقوع الطلاق بهذه
الالفاظ ظاهر لانها صريحة في الطلاق لغلبة الاستعمال فيه فاذا لم يذكر المصدر يقع فعند
ذكره ان يقع بالطريق الاولى لان المصدر يذكر للتاكيد فلا حاجة الى النية في الوقوع اما
اذا نوى ثلاثا فيقع الثلاث لان المصدر جنس يحتمل الكثرة كقوله تعالى وادعوا ثبورا كثيرا
فصحت نية الثلاث وهذا ظاهر الرواية وروى ابو يوسف عن ابي حنيفة اذا قال انت
طالق طلاقا لا يعمل فيه نية الثلاث لان المصدر للتاكيد فلا يفيد غير ما يفيده المؤكد من المعنى
واما نية الثنتين فلا يقع عندنا بل يقع واحدة وقال زفر يقع كما تصح نية الثلاث لان الكل اذا احتمله
اللفظ عليه فلان يصح البعض اولى لانه مندرج تحت الكل ولنا ان نية الثلاث انما صحت باعتبار
ان الثلاث جنس طلاقها وهو واحد اعتبارا عند تعداد الاجناس فصحت النية باعتبار ان الثلاث جنس
واحد لا باعتبار انها عدد لان اللفظ لا دلالة له على العدد والثنتان عدد محض لا واحد حقيقة ولا واحد
اعتبارا الا اذا كانت المراة امة فحينئذ يصح نية الثنتين لان ذلك جنس طلاقها كالثلاث في حق الحرة ثم معنى
قوله انت الطلاق اي ذات الطلاق على حذف المضاف واقامة المضاف اليه مقامه كما في قوله تعالى
واسال القرية اي اهل القرية ويجوز ان يراد به طالق لان المصدر قد يذكر ويراد به الفاعل كما في قولهم
رجل عدل اي عادل ومثل قول الخنساء ترتع ما غفلت حتى اذا ادكرت فانما هي اقبال وادبار اي ذات اقبال
وادبار او مقبلة ومدبرة قوله يريد به وكادة اي يزيد المصدر النعت وكادة وذلك لانه يذكر للتاكيد
كقولك قمت قياما وقعدت قعودا قوله بالفظة الاولى اي بقوله انت الطلاق قوله وعلى هذا لو قال
انت طالق يعني اذا ذكر المصدر وحده منكرا يكون حكمه حكم المعرف في جميع ما ذكرنا لا يقال ينبغي ان لا يصح
نية الثلاث من قوله انت طلاق لان المراد به على احد الوجهين اللذين ذكرتهما انت طالق فلا يصح

نية الثلاث في طالق عندنا فكذا ايضا قام مقامه لانا نقول لا يخرج الطلاق عن كونه مصدرا
وان اريد به الطالق فصحت نية الثلاث من المصدر باعتبار انه جنس وقال الطحاوي
في مختصره لو قال انت طلاق لم يكن اكثر من واحدة وان نوى اكثر منها وفرق بينه وبين
انت الطلاق بالتعريف وليس ذلك بمشهور عن اصحابنا **قوله** وذلك بالفردية
او الجنسية اي رعاية معنى التوحد تكون باحد الامرين اما حقيقة وهي بالفردية
واما اعتبارا وهو بالجنسية والاثنان ليس فيهما معنى التوحيد اصلا وهو معنى قوله والمثنى بمعزل
منهما اي بعيد من الفردية والجنسية يقال انا عن هذا الامر بمعزل اي متنح كذا قال ابن دريد **قوله**
ولو قال انت طالق الطلاق وقال اردت بقولي طالق واحدة وبقولي الطلاق اخرى يصدق يعني
اراد بقوله الطلاق طلقة اخرى اعلم انه ذكر قبل هذا اذا قال انت طالق الطلاق او انت طالق
طلاقا ونوى به ثنتين لا يصح عندنا الا اذا كانت المراة امة ثم ذكر ههنا صحة نية الثنتين في
تلك الصورة بعينها اذا اراد الثنتين على التقسيم فقال اذا نوى طلقة واحدة بقوله طالق
وطلقة اخرى بقوله طلاقا او الطلاق يصدق لان كل واحد من اللفظين صالح للايقاع
فيصير طالق مقتضيا وطلاقا دليلا على نعت محذوف فيقع تطليقتان رجعيتان اذا كان
بعد الدخول هكذا نقلوه في شروح الجامع الصغير عن الفقيه ابي جعفر رحمه الله وكذلك روي عن
ابي يوسف ومنعه فخر الاسلام البزدوي رحمه الله لان طالق نعت وطلاقا مصدره فلا يقع
الا واحدة وكذلك في انت طالق الطلاق فاقول انما كان كذلك لانه اذا نوى الثنتين على الجمع لا يصح
لان لفظه لا يحتمل العدد فكذا اذا نواهما على التقسيم **قوله** ولو اضاف الطلاق الى جملتها او الى
ما يعبر به عن الجملة وقع الطلاق وهذه من مسائل القدوري رحمه الله اعلم انه اذا اراد ايقاع
الطلاق فلا يخلو اما ان يضيفه الى جملة المراة او يضيفه الى شيء هو يصير عبارة عن جملة البدن
او يضيفه الى جزء شايع غير معين او يضيفه الى جزء معين لا يعبر به عن جميع البدن والقسم
الاخير فيه خلاف يجيء عقيب هذا ان شاء الله تعالى ولا خلاف في الاقسام الاول اما القسم الاول
فمثل قوله انت طالق وانما وقع الطلاق به لان التاء ضمير المخاطبة وهي عبارة عن المراة
وقد اضافه اليها فيقع لان ركن الطلاق صدر من الاهل مضافا الى المحل واما الثاني فمثل ان
اضاف الطلاق الى الرقبة او العنق او الروح او البدن او الجسد او الراس او الفرج او الوجه
بان قال رقبتك طالق او عنقك طالق وكذا الى الاخر وانما وقع الطلاق بهذه الالفاظ لانه اذا
اضافه الى جملتها يقع فكذا اذا اضافه الى شيء هو عبارة عن جملتها اما الرقبة فكونها عبارة عن
جملة البدن ظاهر قال تعالى فتحرير رقبة وكذا العنق لقوله تعالى فظلت اعناقهم وكذا الروح
يقال هلك روحه ويراد نفسه وكذا البدن والجسد يعبر بهما عن جميع البدن يقال جسد فلان له
تخلص من ذل الرق وكذا يقال بدن فلان في هذا المجيء وكذا الراس لقولهم فلان اعتق كذا وكذا
راسا او تملك ويقال امري حسن ما دام راسك سالما لكن هذا ايضا اذا تكلم باضافة الراس اما اذا
قال الراس منك طالق او وضع يده على راسها فقال هذا العضو منك طالق فقال شمس الايمة
السرخسي في شرح الكافي لا يقع شيء ووجهه انه لا يراد به الذات وكذا الفرج يعبر به عن جميع
البدن الانثى الى ما جاء في الحديث لعن الله الفروج على السروج وكذا الوجه لان الاستعمال شايع
بين العرب بقول بعضهم لبعض يا وجه العرب ويريدون به الذات قال تعالى كل شيء هالك الا
وجهه واراد ذاته وكذا اذا قال جسمك ونفسك وفي الظهر والدم اختلاف المشايخ قال في خلاصة

الفتاوى

الفتاوى والمختار ان لا يقع بهما ومال صاحب الهداية الى الوقوع في الدم واستدل بقوله يقال
دمه هدر قال شمس الايمة في شرح الكافي وقع في بعض النسخ لو قال بضعك طالق يقع ثم قال
وهذا بعضك او نصفك فاما البضع فلا يعبر به عن جميع البدن وقال ايضا لم يذكر ما لو قال
ظهرك طالق او بطنك طالق ثم قال قال بعض مشايخنا يقع الطلاق لان الظهر والبطن في معنى الاصل
اذ لا يتصور البقاء بدونهما ثم قال والاصح انه لا يقع لانه اذا قال ظهرك او بطنك علي كظهر امي لا يكون
مظاهرا لان الظهر والبطن لا يعبر بهما عن جميع البدن وقال في خلاصة الفتاوى واستك
طالق كقوله فرجك طالق بخلاف الدبر وفيه نظر عندي لان الاست بمعنى الدبر واما القسم
الثالث فمثل ان اضاف الطلاق الى النصف والثلث والربع والبعض ونحو ذلك شايعا غير معين
ووجهه ان الطلاق يقع في ذلك الجزء ثم يسري الى الكل لشياعه فيقع في الكل كما اذا اعتق بعض
جاريته وكذا اذا قال جزء من الف جزء منك طالق طلقت ذكره الحاكم الشهيد في الكافي ووجهه
ما قلنا او لان المراة لا تحتمل التجزي في حكم الطلاق وذكر بعض ما لا يتجزى كذكر كله فافهم **قوله**
او يقول بالنصب عطف على قوله ان يقول **قوله** وكذا ان عبر بها اي على الجسد والبدن من
ساير الالفاظ المذكورة ظاهر **قوله** لعن الله الفروج اراد بها النسا لا تلك الاعضا خاصة
قوله ومن هذا القبيل الدم في رواية اي مما يعبر به جملة البدن الدم في رواية
اراد بها رواية كتاب الكفالة فانه لو كفل بدم انسان يصح واشار في كتاب العتاق ان اضافة الطلاق
الى الدم لا تصح فانه اذا قال دمك حر لا يعتق **قوله** ومنه النفس اي من هذا القبيل وانما
قال ومنه لان القدوري لم يذكر النفس في جملة الالفاظ التي ذكرها **قوله** الا انه لا يتجزى في
حق الطلاق اي الجزء الشايع لا يتجزى في حقه ولهذا لا يكون الطلاق واقعا فيه دون غيره
فيثبت اي الطلاق في الكل اي في كل المراة **قوله** ولو قال يدك طالق او رجلك طالق لم
يقع الطلاق وهذه مسئلة القدوري اعلم انه اذا اضاف الطلاق الى جزء معين لا يعبر به عن جميع
البدن كاليد والرجل والاصبع ونحو ذلك لا يقع الطلاق عندنا خلافا لزفر والشافعي رحمهما
الله وعلى هذا الخلاف اضافة العتاق والظهار والايلا والعفو عن القصاص فعندنا لا يصح
خلافا لهما وجه قولهما ان الجزء المعين مستمتع بعقد النكاح فيكون محلا للطلاق كالجزء الشايع والجزء
الذي يعبر به عن جميع البدن الا ان اضافة النكاح لم تصح لان مبنى النكاح ليس على السراية
بخلاف الطلاق فان مبناه على السراية ولهذا لا تصح اضافة النكاح الى الجزء الشايع بخلاف الطلاق
الا ترى انه لو قال تزوجتك شهرا لا يصح ولو قال انت طالق شهرا يقع الطلاق مؤبدا ولنا انه
اضاف الطلاق الى غير محله فلا يقع كالاضافة الى البزاق والظفر بيانه ان الطلاق عبارة عن
رفع قيد النكاح ولم يرد قيد النكاح على اليد فلا يصح اضافة الطلاق الى اليد ولهذا لو قال نكحت
يدك وقبلت المراة لا ينعقد النكاح بخلاف الجزء الشايع فان اضافة النكاح اليه تصح فكذا يصح
اضافة الطلاق اليه ولانه لو ثبت الطلاق في البدن لا يخلو اما ان يثبت ابتداء او بناء على
ثبوته في الجزء المتنازع فيه لا يجوز الاول لانه ما اضاف الطلاق اليه حقيقة وكذا
لا يجوز الثاني لانه انما يجوز ان يثبت في البدن بناء وتبعا اذا ثبت في ذلك الجزء اولا فلا
يتصور ثبوت الطلاق فيه لعدم ورود قيد النكاح عليه بخلاف الجزء الشايع فان الطلاق
يثبت فيه ابتداء ثم يسري الى ساير البدن فان قلت
سلمنا ان اضافة الطلاق الى اليد لا تدل على ثبوت الطلاق في البدن وضعا ولكن لا نسلم انها لا

لا تدل عليه شرعا قلت الاصل ان يدل اللفظ شرعا على
ما يدل عليه وضعا الا اذا دل الدليل على خلافه قال تعالى وما ارسلنا من رسول الا بلسان قومه
ليبين لهم فلما لم تدل وضعا لا تدل شرعا ايضا لعدم الدليل على خلافه فان قلت
سلمنا ان الطلاق لا يثبت في البدن ابدا ولا بناء على ثبوته في اليد بطريق الحقيقة ولكن لم لا يجوز
ان يثبت بطريق المجاز بان يراد باليد البدن كما في قوله تعالى ذلك بما قدمت ايديكم وقوله عليه
السلام على اليد ما اخذت حتى ترد قلت ثبوت المجاز انما يتحقق اذا
وجدت النية والارادة والا فالكلام على حقيقته وكلامنا فيما اذا لم يخطر ببال المتكلم ذلك حين
اذا ذكر اليد واراد بها كل البدن يصح كذا ذكر علاء الدين العالم رحمه الله في طريقة الخلاف وقال شمس
الايمة السرخسي في شرح الكافي للحاكم الشهيد لو كان العرف ظاهرا في القوم انهم يذكرون اليد عن جميع
البدن نقول يقع الطلاق في حقهم قوله وكذا الخلاف في كل جزء معين لا يعبر به عن جميع
البدن اراد به نحو الانف والاذن والاصبع قوله وما هذا حاله وهو ان يكون الجزء المعين
مستمتعا بعقد النكاح قوله يكون محلا لحكم النكاح واراد بحكم النكاح اختصاص الزوج بالمرأة
وطئا واستمتاعا وجوابه انه مستمتع لا ابدا لكن بناء على ثبوت استمتاع في جميع البدن فلا يصح
الطلاق فيه ابدا افهم قوله بخلاف ما اذا اضيف اليه النكاح اي اذا اضيف النكاح الى
الجزء المعين الذي لا يعبر به عن جميع البدن لا يصح بخلاف اضافة الطلاق فانه يصح عند الخصم
قوله وفي الطلاق الامر على القلب اي الحرمة في هذا الجزء تغلب الحل في ساير الاجزاء قوله
وهذا لان اي انما قلنا انه اضاف الطلاق الى غير محله لان محل الطلاق ما فيه القيد والبيان مرة
مرة قوله لانه محل للنكاح عندنا اي لان الجزء الشايع محل للنكاح عندنا كما هو محل له
عند الخصم فصار محلا للطلاق قوله واختلفوا في الظهر والبطن اي اختلف المشايخ
في اضافة الطلاق الى الظهر والبطن وقد مر بيانه قوله وان طلقها نصف تطليقة
او ثلثها كانت طالقا تطليقة واحدة وهذه من مسايل القدوري وذلك لان التطليقة الواحدة
ليست بقابلة للتجزي فذكر بعض ما لا يتجزى كذكر كله اصله العفو عن دم العمد وكذا الحكم
في ساير الاجزاء مثل السدس والربع والثمن ونحوها وقال في طلاق الاصل لو قال انت طالق
نصف تطليقة يقع واحدة ولو قال ربع تطليقة يقع واحدة ولو قال ثلث تطليقة ونصف
تطليقة وربع تطليقة يكون ثلاثا ولو قال نصف تطليقة وربعها وسدسها يكون تطليقة
وقال في الاصل ايضا ان قال لاربع نسوة له بينكن تطليقة طلقت كل واحدة منهن واحدة وكذلك
ان قال بينكن تطليقتان او ثلاث او اربع الا اذا نوى ان كل تطليقة بينهن جميعا يقع على كل واحدة
منهن ثلاث تطليقات الا في التطليقتين فانه يقع على كل واحدة منهن تطليقتان وان قال بينكن
خمس تطليقات والمسئلة له طلقت كل واحدة منهن تطليقتين وكذلك ما زاد الى ثمان تطليقات
فان زاد على الثمان فكل واحدة منهن طالق ثلاثا قوله لما بينا اي لان الطلاق لا يتجزى
قوله ولو قال لها انت طالق ثلاثة انصاف تطليقتين فهي طالق ثلاثا وهذه من خواص
الجامع الصغير وانما اوردها محمد رحمه الله لاشكال يتراءى وهو ان ثلاثة انصاف تطليقتين
واحدة ونصف لان كل طلقة اذا نصفها يكون نصفين فكان ينبغي ان يقع الطلقتان لا الثلاث
كما اذا قال انت طالق واحدة ونصفا وجوابه ان النصف الواحد من تطليقتين واحدة فاذا
كان نصف واحدة طلقة واحدة يكون ثلاثة انصاف ثلاث طلقات ضرورة قوله ولو

قال

قال انت طالق ثلاثة انصاف تطليقة قيل ان يقع تطليقتان وهذا هو المنقول عن محمد في
الجامع الصغير واليه ذهب الناطفي في الاجناس والعتابي في شرح الجامع الصغير ولكن المشايخ
لما اختلفوا في حكم هذه المسئلة اشار صاحب الهداية الى اختلافهم فقال قيل يقع تطليقتان
فقال العتابي هو الصحيح لان ثلاثة انصاف تطليقة يكون واحدة ونصفا فصار كقوله انت
طالق واحدة ونصف تطليقة وقال بعض المشايخ يقع ثلاثا لان كل نصف يكون طلقة واحدة
لان الطلاق لا يقبل التجزئة فيصير ثلاثة انصاف طلقة ثلاث طلقات لا محالة قوله
انت طالق من واحدة الى ثنتين او ما بين واحدة الى ثنتين فهي واحدة ولو قال من واحدة الى
ثلاث او ما بين واحدة الى ثلاث فهي ثنتان وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وهذه من
مسايل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل
يقول لامراته انت طالق من واحدة الى واحدة قال تطلق واحدة وكذلك لو قال انت طالق
من واحدة الى ثنتين طلقت واحدة ولو قال من واحدة الى ثلاث طلقت ثنتين وكذلك لو قال
ما بين واحدة الى واحدة طلقت واحدة وكذلك لو قال ما بين واحدة الى ثنتين طلقت واحدة
ولو قال ما بين واحدة الى ثلاث طلقت ثنتين وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ناخذ في هذا
كله باخر الوقتين فاذا قال انت طالق ما بين واحدة الى واحدة وقعت واحدة ولو قال ما بين
واحدة الى ثنتين طلقت ثنتين ولو قال ما بين واحدة الى ثلاث طلقت ثلاثا الى هنا لفظه
وعند زفر ان كان بين الغايتين شيء يقع والا فلا وجه قول زفر ان الغاية لا تدخل تحت المغيا
والا فلا يكون الغاية غاية وهذا ظاهر فلا تثبت الغايتان لا الاولى ولا الثانية كما اذا قال
بعت من هذا الحايط الى هذا الحايط وهو القياس المحض ووجه قولهما وهو الاستحسان ان
الشيء في جعل حدا وغاية لا بد من وجوده ليصح كونه غاية ووجود الطلاق بوقوعه والطلاق
بعد الوقوع لا يحتمل الرفع فيقع الكل ضرورة انه لا يحتمل الرفع ولهذا اذا قال لغيره خذ من
مالي من درهم الى عشرة يكون له اخذ العشرة وكذا اذا قال كل من الملح الى الحلو يراد به عموم
الاذن ولابي حنيفة رضي الله عنه ان الحد لا يدخل تحت المحدود وهو القياس على ما قال زفر رحمه
الله الا ان في ادخال الغاية الاولى ضرورة وذلك لانه اوقع الثانية ولا بد للثانية من الاولى
ليترتب الثانية عليها فيقع الاولى لاجل هذه الضرورة ولا ضرورة في الغاية الثانية فبقيت على
القياس فلم تدخل تحت المغيا ولان الغاية التي ينتهي اليها الكلام قد تدخل كالمرافق والكعاب
في الوضوء وقد لا تدخل كالليل في الصوم والطلاق لا يقع بالشك فلا تدخل الغاية المنتهى
اليها وعلى هذا الخلاف اذا قال لك من درهم الى عشرة فعنده يلزم تسعة وعندهما عشرة
وعند زفر ثمانية وحكي عن الاصمعي انه لقي زفر على باب الرشيد فسأله عن قول الرجل انت
طالق ما بين واحدة الى ثلاث فقال تطلق واحدة لان كلمة ما بين لا يتناول الحدين وكذلك
من واحدة الى ثلاث لان الغاية لا تدخل المغيا فقال له ما تقول في الرجل قيل له كم سنك
فقال من ستين الى سبعين او ما بين ستين الى سبعين ايكون تسعة فانقطع زفر وجوابه
ان المراد في العرف والعادة من قول الرجل سني ما بين ستين الى سبعين ما بين العددين
المذكورين ولا شك ان العدد الذي بينهما اكثر من ستين وما كان اكثر من ستين كيف يكون
تسعة فلا يصح سؤال الاصمعي فكذا يقول زفر في قوله ما بين واحدة الى ثلاث ان المراد ما
بين العددين وهذا ما ساعدني خاطري لزفر في هذا المقام قوله في الاول لا يقع

شيء اي في قوله من واحدة الى ثنتين او ما بين واحدة الى ثنتين **قوله** وفي الثاني يقع واحدة اي في قوله من
واحدة الى ثلاث او ما بين واحدة الى ثلاث **قوله** تحت المضروب له الغاية اي تحت الشيء الذي
ضرب له الغاية **قوله** ولابي حنيفة ان المراد به الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر وفيه نظر لان
الاكثر من الاقل لا يراد في قوله من واحدة الى ثنتين عند ابي حنيفة وكذا في قوله ما بين واحدة الى ثنتين
والتحقيق ما قدمناه **قوله** وارادة الكل فيما طريقه طريق الاباحة وهذا جواب عن قولهما ان مثل
هذا الكلام يراد به الكل كما في قوله خذ من مالي من درهم الى مائة فقال انما يراد الكل في العرف
في الاباحات والاصل في الطلاق الحظر فلا يراد الكل وقوله كما ذكرنا راجع الى قوله خذ من مالي
قوله بخلاف البيع هذا جواب عن قول زفر ان الحدين لا يدخلان في المحدود كما في قوله بعت من
هذا الحائط الى هذا الحائط فقال بينهما فرق فسد القياس وذاك لان المقيس لا وجود للطلقة
الثانية الا بوجود الاولى لان الثانية مترتبة على الاولى لا محالة فوجود الاولى بوقوعها فلا بد
من القول بخلاف الغاية في باب البيع فانها موجودة قبله فلم يقع الضرورة الى ادخال الغاية
في المغيا فبقيت الغاية خارجة عن المغيا على اصل القياس **قوله** ولو نوى واحدة يدين
ديانة لا قضاء يعني اذا نوى الواحدة في قوله ما بين واحدة الى ثلاث او في قوله من واحدة الى ثلاث
يصدق ديانة لاحتمال كلامه ولا يصدق قضاء لكونه خلاف الظاهر **قوله** ولو قال انت
طالق واحدة في ثنتين ونوى الضرب والحساب او لم يكن له نية فهي واحدة وقال زفر يقع
ثنتان لعرف الحساب وهو قول الحسن بن زياد وهذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها
فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل قال لامرأته انت طالق واحدة في اثنتين
قال ان نوى الضرب والحساب فهي طالق واحدة وان نوى واحدة مع ثنتين فهي ثلاث وان
نوى واحدة واثنتين فهي ثلاث وان لم يكن له نية فهي واحدة ولو قال انت طالق ثنتين في ثنتين
ونوى ضرب الحساب فهي طالق ثنتين وقال زفر يقع في الاولى ثنتان وفي الثانية ثلاث اعتبارا
بحساب الضرب اما اذا نوى بكلمة في كلمة مع في قوله واحدة في ثنتين يقع الثلاث بالاتفاق سواء
دخل بها او لم يدخل بها لان كلمة في تستعمل بمعنى مع قال تعالى فادخلي في عبادي اي مع عبادي ويقال
دخل الامير البلد في جنده اي مع جنده ولو نوى الواو يقع الثلاث ايضا بالاتفاق الا اذا
كانت المرأة غير مدخول بها فحينئذ لا يقع الجملة كما اذا قال لها انت طالق واحدة واثنتين وانما
جاز ان يراد بها الواو لان الواو للجمع المطلق والظرف يجمع المظروف ولو نوى الظرف يقع واحدة
في الصورة الاولى وثنتان في الصورة الثانية بالاجماع لان الطلاق لا يصلح ظرفا للطلاق لانه
عرض فصار ذكر الثاني لغوا واما اذا نوى الضرب فوجه قول زفر رحمه الله فيه ان الواحد
في الاثنين اثنان والاثنان في الاثنين اربعة ولكن لا مزيد للطلاق على الثلاثة
فيقع الثلاثة في الصورة الثانية وهذا امر مشهور عند الحساب لان الضرب تضعيف
احد العددين بعدد ما في العدد الاخر مثل الاربعة في الخمسة يكون عشرين لان العشرين
تضعيف الاربعة خمس مرات او تضعيف الخمسة اربع مرات فعلى هذا يكون حاصل
قوله واحدة في ثنتين واحدة مرتين او ثنتين مرة واحدة فيقع الثنتان ضرورة في الاولى
وكذا الثلاث في الثانية ووجه قول اصحابنا ان الضرب اثره في تكثير اجزاء المضروب
لا في زيادة العدد والطلاق الذي له اجزاء كثيرة مثل الطلاق الذي له اجزاء قليلة ولهذا
لو قال لها انت طالق نصف تطليقة وسدسها وثلثها لم يقع الا واحدة وعلى هذا الخلاف

اذا اقر وقال لفلان علي عشرة دراهم في عشرة دراهم ونوى حساب الضرب فعندنا
يلزمه عشرة وعنده يلزمه مائة الا ان ينوي الواو او مع فحينئذ يلزم جميع ذلك وعلله
القاضي بالله ما اردت الاقرار بذلك كله اذا كان الخصم يدعيه ولقائل ان يقول من جهة
زفر سلمنا ان الضرب اثره في تكثير الاجزاء لا في زيادة العدد ولكن ما زدنا في العدد شيئا
بل اثبتنا قدر ما تكلم الرجل به وهو ثنتان في الصورة الاولى لان معنى قوله انت طالق
واحدة في ثنتين اي طلقة واحدة في طلقتين اثنتين وما زدنا على الطلقتين شيئا آخر
وانما لم يقع في قوله انت طالق نصف تطليقة وسدسها وثلثها الا واحدة لان الضمير في
قوله وسدسها وثلثها راجع الى تطليقة واجزاء التطليقة الواحدة لا تزيد عليها لا محالة
ولهذا اذا قال انت طالق ثلث تطليقة ونصف تطليقة وربع تطليقة يقع ثنتان على انا نقول
فيما اذا اضاف الاجزاء الطلقة فلو جمعت زادت على الواحدة يقع ثنتان عند بعض
المشايخ ولهذا قال في شرح الطحاوي وغيره اذا قال انت طالق سدس تطليقة وربعها
وثلثها ونصفها لم يذكر هذا في ظاهر الرواية ثم قال وقال بعضهم يقع تطليقتان فكيف
لا يثبت الثنتان في الاولى والثلاث في الثانية والرجل ينادي باعلى صوته ويقول اني
نويت الضرب والحساب وكلامه يحتمله بل هو موجبه على ما هو الظاهر بين الحساب وهو
ليس بمتهم في ذلك لانه شدد على نفسه **قوله** على ما بيناه اشارة الى قوله لنا ان عمل الضرب
في تكثير الاجزاء لا في زيادة المضروب **قوله** ولو قال انت طالق من ههنا الى الشام فهي واحدة
تملك الرجعة وهي مسألة الجامع الصغير وعند زفر هي بائنة لانه وصفه بالطول ولكن
يرد عليه اذا صرح بالطول والعرض فقال انت طالق طويلة او عريضة حيث يقع الطلاق
رجعيا عنده مع وجود التصريح ويمكن ان يجاب بان يقال الثابت بطريق الكناية ابلغ من
الثابت بطريق التصريح كقولهم فلان كثير الرماد ابلغ من قولهم فلان جواد فلما كان كذلك قال
في الثابت بطريق الكناية بوقوع البائن وقال في الثابت بالصريح بوقوع الرجعي ولنا انه وصفه
بالقصر وذاك لان الطلاق اذا وقع في مكان يكون واقعا في جميع الاماكن فلما خصصه ببعض
الاماكن يكون وصفا له بالقصر والطلاق لا يحتمل الطول والقصر حقيقة وانما يحتمل ذلك
حكما والقصير من حيث الحكم هو الرجعي بخلاف ما اذا صرح بالطول حيث يقع بائنا عندنا
لان طول الطلاق من حيث الحكم لا يكون الا بالبائن والشام بسكون الهمزة اسم بلد على وزن
فاس قال الاعشى وصحبنا من الحجفة اهلا كراما بالشام ذات الرفيف يجالد في السمو برفق
رفاد رفيقا اذا اهتز من نضارته **قوله** ولو قال انت طالق بمكة او في مكة فهي طالق في الحال
كل البلاد وكذلك قوله انت طالق في الدار وهذه مسألة القدوري وانما وقع الطلاق في الحال
لان الطلاق لا اختصاص له بمكان دون مكان لان المطلقة في مكان مطلقة في كل مكان فيقع
في الحال ولو قال عنيت به اذا اتيت مكة لا يصدق قضاء لانه نوى خلاف الظاهر لانه لم يذكره
بالتعليق لكنه يصدق ديانة لاحتمال كلامه ذلك والله تعالى مطلع على الضمائر **قوله** ولو
قال انت طالق اذا دخلت مكة لم تطلق حتى تدخل مكة وذاك لانه علق طلاقها بالدخول والمعلق
بالشرط كالمنجز عند وجوده فلا يقع الطلاق ما لم يوجد الدخول **قوله** ولو قال في دخولك
الدار يتعلق بالفعل اي يتعلق الطلاق بفعل الدخول ذكر هذه المسألة وهي من مسائل الاصل
تفريعا لمسألة القدوري قال الحاكم الشهيد رحمه الله في مختصر الكافي فان قال في ذهابك الى مكة

او في دخولك دار فلان او في لبسك ثوب كذا لم تطلق حتى تفعل ذلك ثم قال وان قال انت
طالق في مرضك او وجعك او صلاتك لم تطلق حتى تمرض او تصلي وذلك لان في حرف موضوع
للظرف والدخول ونحوه من الافعال لا يصلح ان يكون ظرفا شاغلا للطلاق لكونه عرضا
فاريد معنى مع كما في قوله تعالى فادخلي في عبادي او حمل على معنى الشرط مجازا تصحيحا للكلام
العاقل لان اتصال المظروف بالظرف مثل اتصال المشروط بالشرط لان المحال شروط ايضا
وذلك لان المظروف لا يوجد بدون الظرف كالمشروط لا يوجد بدون الشرط والمناسبة
الاخرى بين الشرط والظرف ان الظرف سابق على المظروف كالشرط سابق على المشروط ولو
قال انت طالق في ثوب كذا وعليها غيره او قال في البيت او في الظل او في الشمس فهو كما قال انت
طالق في الدار يقع الطلاق في الحال لما قلنا ان الطلاق الواقع في مكان واقع في جميع الاماكن
ولا يصدق قضاء اذا عنى لبس ذلك الثوب لكونه خلاف الظاهر **قوله** فحمل عليه اي
حمل في على الشرط

فصل في اضافة الطلاق الى الزمان

لما شرع في
باب ايقاع الطلاق ذكر عقيبه فصولا متوالية يناسب بعضها بعضا من حيث الاضافة
الى الزمان والتنويع والتشبيه **قوله** ولو قال انت طالق غدا وقع عليها الطلاق بطلوع
الفجر وهذه معادة الجامع الصغير وذلك لانه اضاف الطلاق الى الغد فلا بد من ان يقع
الطلاق عند اول جزء من الغد وهو الطلوع لان الغد يتحقق من ذلك الوقت واذا قال
عنيت به اخر النهار يصدق فيما بينه وبين الله تعالى ولا يصدق قضاء لانه اضاف الطلاق
الى الغد والغد اسم لجميع اجزاء اليوم من طلوع الفجر الى غروب الشمس فاذا عنى وقوع الطلاق
في بعض اجزاء اليوم دون الجميع كان خلاف الظاهر لارادة التخصيص من العموم فلا
يصدق قضاء ولكن يصدق ديانة لاحتمال كلامه ذلك لان العام يحتمل الخصوص وهذا
معنى قوله وهو يحتمله مخالفا للظاهر اي لفظ الغد يحتمل التخصيص وهو اخر النهار لكنه
خلاف الظاهر **قوله** ولو قال انت طالق اليوم غدا او غدا اليوم يؤخذ باول الوقتين
الذي تفوه به اي تكلم به وهذه معادة الجامع الصغير لا من خواصه ولكن وضع هذه
المسئلة من صاحب الهداية في هذا الموضع كما قيل بين العصا ولحائها وكان ينبغي ان يقدم
المسئلة التي بعدها عليها وانما اعتبر اول الوقتين حتى وقع الطلاق في الصورة الاولى وهي
قوله انت طالق اليوم غدا في اليوم وفي الصورة الثانية وهي قوله انت طالق غدا اليوم في
الغد لانه ذكر وقتين ولم يعطف احدهما على الاخر فصار ذكر الثاني لغوا وذلك لان الطلاق
في الاولى منجز والواقع منجزا لا يحتمل الاضافة وفي الثانية الطلاق مضاف الى الغد فلا يتنجز لانه
لو تنجز لا يبقى المضاف مضافا وقوله اليوم ثانيا ليس بناسخ لحكم المذكور اولا فكان ذكر اليوم
لغوا اما اذا ذكر حرف العطف وقال انت طالق اليوم وغدا فلم يذكره صاحب الهداية
وقد ذكره صاحب النهاية وقد ذكره شمس الائمة السرخسي رحمه الله في شرح الكافي للحاكم
الشهيد فقال طلقت للحال واحدة ولا تطلق غيرها هذا بالاتفاق اما اذا قال انت طالق
غدا اليوم فكذلك عند زفر رحمه الله وعندنا يقع اليوم واحدة وغدا اخرى لزفر رحمه الله
انه لم يذكر بكلمة التكرار فلا يتكرر الوقوع ولنا ان الطلاق الواقع في اليوم يصح ان تتصف
به المراة في الغد فلا يتكرر في الصورة الاولى بخلاف الطلاق الواقع في الغد حيث لا تتصف
به المراة في اليوم فلا بد من الوقوع ايضا في اليوم في الصورة الثانية لانه عطف اليوم على الغد

والعطف

والعطف يقتضي الاشتراك في الحكم والاعراب اذا امكن ذلك والا ففي الاعراب وان قال انت
طالق الساعة غدا بدون حرف العطف طلقت الساعة واحدة وذكر الغد لغو لما بينا
قوله ولو قال انت طالق في غد وقال نويت اخر النهار دين في القضاء عند ابي حنيفة رضي الله عنه
وقالا لا يدين في القضاء خاصة وهذه معادة الجامع الصغير اعلم انه اذا لم يذكر حرف في
وقال انت طالق غدا فان لم يكن له نية يقع في اول النهار وان نوى اخر النهار يصدق في ديانة لا قضاء
وهو بالاتفاق وقد مر بيانه اما اذا ذكر حرف في ولم يكن له نية يقع في اول النهار بالاتفاق
ايضا فان نوى اخر النهار يصدق عند ابي حنيفة رضي الله عنه ديانة وقضاء وعندهما يصدق
ديانة ولا يصدق قضاء كما في المسئلة الاولى لهما انه اضاف الطلاق الى الغد ونية جزء منه
خلاف الظاهر لانه تخصيص العام فلا يصدق قضاء كما في المسئلة الاولى وهذا لان قوله
غدا وفي غد كلاهما ظرف ثم لا يصدق قضاء في الاول فكذا في الثاني ولابي حنيفة رضي الله عنه ان
كلمة في للظرف والظرف لا يقتضي الاستيعاب كما في قولك في الجوالق حنطة لكن اولويه الجزء
الاول بوقوع الطلاق فيه عند عدم النية لعدم مزاحمة سائر الاجزاء اياه لانه سابق في
الوجود بخلاف ما اذا عنى الجزء الاخر من النهار حيث يتعين للوقوع فيه لان التعيين القصدي
اولى من التعيين الضروري بالاعتبار بخلاف ما اذا قال غدا لانه يقتضي الاستيعاب لانه
وصف المراة بصفة الطلاق مضافا الى جميع الغد فلا يصدق في نية اخر النهار قضاء وهذا
بيان ما قال صاحب الهداية وقال فخر الاسلام البزدوي في اصوله ان حرف الظرف
اذا سقط اتصل الطلاق بالغد بلا واسطة فيقع في كله فتعين اوله فلا يصدق في التاخير واذا
لم يسقط حرف الظرف صار مضافا الى جزء منه مبهم فيكون تعيينه بيانا لما ابهمه فيصدق فيه القاضي
وقال ان صمت الدهر يقع على الابد وفي الدهر يقع على ساعة واستدل الشيخ ابو المعين النسفي
رحمه الله في شرح الجامع الكبير في الفرق بين الحالين بقولهم جالست زيدا يوم الخميس وفي يوم
الخميس قال في الاول يفهم امتداد المجالسة من اول اليوم الى اخره واشتمال اليوم بكليته على
المجالسة واشتغاله بها بجميع اجزائه وفي الثاني يفهم وجودها في جزء منه وعلى هذا النسق
جرى كلام اصحابنا في الفرق بين ذكر في وتركه في كتب الاصول والفروع نحو المبسوط وغيره
ولي في جميع ذلك نظر لان الغد مفعول فيه على كلا التقديرين ولا معنى لقولهم اذا كان بلا واسطة
يكون كل الغد مرادا واذا كان بواسطة في يكون الجزء مرادا لانه في الحالين جميعا ظرف وامتداد
المجالسة ايضا عند ترك في ممنوع وذلك مجرد ادعاء لا برهان عليه لانه قد يكون وقد لا يكون
وبالاحتمال لا يثبت القطع والوجه عندي ان يقال ان الظرف لا يقتضي الاستيعاب بان يكون
المظروف شاغلا للظرف بجميع اجزائه وهو الاصل في معنى الظرف فلما كان كذلك قلنا ان
الظرف المذكور فيه في امكن في الظرفية من الظرف بدون حرف في بدليل انه قد يتسع في
الظرف فيجري مجرى المفعول به اذا لم يكن حرف في مذكورا كما في قوله ويوم شهدناه سليما
وعامرا بخلاف ما اذا كان حرف في مذكورا حيث لا يجري مجرى المفعول به اصلا فاعتبرنا معنى
الظرف وهو عدم الاستيعاب فيما كان امكن في الظرفية وهو الذي لا يحتمل غير الظرف فقلنا
بان الجزء هو المراد لا الكل تحقيقا لمعنى الظرف الا ان تعين الجزء الاول لعدم المعارض بخلاف
ما يتسع فيه حيث قلنا بان الكل هو المراد لان ظرفيته ليست بقوية لجواز اجرائه مجرى
المفعول به فصار كان الفعل واقع عليه وان كان واقعا فيه فلم يصدق في ارادة الجزء

قضاء وقد بيناه نحو ذلك في شرحنا الموسوم بالتبيين اعلم ان قول الرجل لامرأته انت طالق في رمضان
مثل ما ذكرنا في انت طالق في غد فان يكون له نية فهي طالق حين تغيب الشمس من آخر يوم من شعبان
لانه حينئذ يوجد الجزء الاول من رمضان وان نوى آخر رمضان فهو على الخلاف المتقدم
وهذه مسئلة الاصل ذكرناها تكثيرا للفائدة وان لم يذكرها صاحب الهداية **قوله** ولو
قال انت طالق امس وقد تزوجها اليوم لم يقع شيء وصورتها في الجامع الصغير محمد عن يعقوب
عن ابي حنيفة رضي الله عنه فيمن قال لامرأته انت طالق امس وانما تزوجها اليوم قال لا تطلق
وان كان تزوجها اول من امس فهي طالق الساعة وهي من الخواص بهذه العبارة وذكر في الاصل
طلقتك امس وانما تزوجها اليوم وانما لم يقع الطلاق في الصورة الاولى لانه اضاف الطلاق
الى زمان لم يكن مالكا فيه لايقاعه فصار ذكر الطلاق لغوا بخلاف الصورة الثانية فانه اضاف
الطلاق الى زمان كان فيه مالكا للايقاع لكنه وصف المرأة بالطلاق في الحال مستندا الى امس
وهو يملك الايقاع في الحال ولا يملك الاسناد فلهذا اطلقت في الحال قال الحاكم الشهيد رحمه الله
في مختصر الكافي وان قال لامرأته قد طلقتك قبل ان اتزوجك او انت طالق ان اتزوجك فهو
باطل وكذلك قبل ان تولدي او تخلقي او قبل ان اولد او قبل ان اخلق وكذلك قوله طلقتك امس
وانما تزوجها اليوم فان كان تزوجها قبل امس طلقت حين قال ذلك وان قال قد طلقتك
وانا صغير او قال وانا نائم لم يقع شيء وان قال وانا مجنون طلقت الا ان يكون عرف بالجنون
فيصدق الى هنا لفظ الكافي والمعنى ما قلنا **قوله** ولانه يمكن تصحيحه اخبارا عن عدم
النكاح بيانه ان حقيقة قوله انت طالق اخبار وانما يجعل انشاء اذا تعذر العمل بحقيقته
وقد امكن ذلك في قوله انت طالق امس فيما اذا تزوجها اليوم فانها كانت امس خالية عن
قيد النكاح فيجعل اخبارا على معنى انك ما كنت في قيد نكاحي امس او كنت طالقا امس بتطليق
غيري من زوجك الاول **قوله** ولا يمكن تصحيحه اخبارا اي عن عدم النكاح امس لانه
كان تزوجها اول امس فلما لم يمكن تصحيحه اخبارا جعل انشاء وهو ايجاب امر لم يكن والايجاب
في الماضي ايجاب في الحال فتكون طالقا في الحال **قوله** ولو قال انت طالق قبل ان اتزوجك
لم يقع شيء وهذه من مسائل الجامع الصغير وذاك لانه اضاف الطلاق الى زمان مناف للطلاق
لانه لا وجود للطلاق قبل النكاح فلا يقع وذكر في الجامع الكبير ثلاث مسائل يليق ذكرها بهذا
الموضع الاولى قوله انت طالق اذا تزوجتك قبل ان اتزوجك والثانية ان يجعل كلمة
قبل متوسطة فيقول انت طالق قبل ان اتزوجك اذا تزوجتك والثالثة ان يقدم كلمة
اذا فيقول اذا تزوجتك فانت طالق قبل ان اتزوجك ففي الفصلين المتقدمين يقع الطلاق
عند وجود التزوج بالاتفاق وكذا في الفصل الثالث عند ابي يوسف وقال ابو حنيفة
ومحمد لا يقع والاصل فيه ان الطلاق اذا اضيف الى وقتين احدهما يقبله والآخر لا
يقبله صح ما يقبله وبطل ما لا يقبله وان الآخر يفسخ ما قبله بيانه ان كلمة قبل ظرف زمان
وكذا اذا ظرف زمان ايضا فالجهة الاولى لا تقبل الطلاق والثانية تقبله فاضيف اليها
ولهما الفرق بين الفصل الثالث والاولين وهو ان في الفصل الثالث تمحضت جهة الشرط
بدليل ذكر الفاء في الجزاء فالمعلق بالشرط كالمنجز عند وجوده فصار كانه قال عند التزوج
انت طالق قبل ان اتزوجك فلا يقع او لان الآخر وهو الاضافة الى قبل نسخ الاول فافهم
وذكر في بعض نسخ الجامع الكبير ولو قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق قبل ذلك

لم يقع حتى تدخل لانه علق بالدخول طلاقا قبله فاسكنه الايقاع قبل الدخول فصح تعليقه بالدخول
او يصح اخبارا يجعل قوله انت طالق اخبارا عن عدم النكاح قبل التزوج **قوله** في
قوله انت طالق قبل ان اتزوجك لان حقيقة الصيغة للاخبار وقد امكن العمل بها فلا يجعل
انشاء **قوله** على ما ذكرناه اشارة الى قوله لانه يمكن تصحيحه اخبارا عن عدم النكاح او
عن كونها مطلقة بتطليق غيره من الازواج **قوله** ولو قال انت طالق ما لم اطلقك او متى
لم اطلقك او متى ما لم اطلقك وسكت طلقت وهذه معادة الجامع الصغير وذاك لانه اضاف الطلاق الى وقت
خال عن التطليق وقد وجد ذلك حين سكت فيقع اما لانه نص على الوقت فظاهر لانها من ظروف
الزمان وكذا ما يراد بها الوقت كما في قوله تعالى ما دمت حيا اي وقت الحياة وانما قيد بقوله وسكت
لانه اذا قال موصولا انت طالق عقيب قوله انت طالق متى لم اطلقك بر في يمينه ولهذا قال في
شرح الطحاوي لو قال انت طالق ثلاثا ما لم اطلقك ثم قال انت طالق موصولا بكلامه قال اصحابنا
وقعت تطليقة وبر في يمينه وقال زفر يقع ثلاث تطليقات وقال الحاكم الشهيد في مختصر الكافي
وهذا استحسان والقياس ان يقع عليها ثلاث تطليقات حين سكت فيما بين فراغه من يمينه الى
قوله انت طالق وقال الحاكم ايضا وان قال انت طالق حين لم اطلقك ولا نية له فهي طالق حين سكت
وكذلك قوله زمان لم اطلقك وحيث لم اطلقك ويوم لم اطلقك وان قال زمان لا اطلقك او حين لا
اطلقك لم تطلق حين تمضي ستة اشهر وذلك لان لم موضوع لقلب المضارع ماضيا ونفيه وقد
وجد زمان لم يطلقها فيه فوقع الطلاق وحيث عبارة عن المكان فكم من مكان لم يطلقها فيه فوجد
شرط الطلاق وكلمة لا للاستقبال فان لم يكن له نية لا يقع للحال وانما يراد ستة اشهر لانه اوسط
استعمال الحين اذ يراد به الساعة كما في قوله تعالى حين تمسون وحين تصبحون ويراد به ستة اشهر
كما في قوله تعالى تؤتي اكلها كل حين ويراد به اربعون سنة كقوله تعالى حين من الدهر والزمان كالحين
لانهما في الاستعمال سواء يقال ما لقيتك منذ زمان كما يقال ما لقيتك منذ حين وقد ذكرنا هذه المسائل
تكثيرا للفائدة وان لم يذكرها صاحب الهداية **قوله** ولو قال انت طالق ان لم اطلقك لم
تطلق حتى يموت وهذه معادة الجامع الصغير ايضا اي لم تطلق المرأة حتى يموت الرجل فاذا
مات طلقت قال الحاكم الشهيد في الكافي وقع الطلاق عليها قبل الموت بقليل ثم قال وليس في
هذا القليل حد معروف وقال في شرح الطحاوي يقع قبل موته بلا فصل كما في قوله انت طالق
ان لم ادخل الدار وجه ذلك انه علق الطلاق بعدم التطليق وعدم التطليق وهو شرط وقوع
الطلاق لا يتحقق الا باليأس عن الحياة كما في قوله ان لم ادخل الدار فانت طالق او ان لم آت
البصرة فلما انتهى الى الموت حصل الشرط باليأس والملك باق والمحل قابل فوقع الطلاق ولم يذكر
في الجامع الصغير موت المرأة وقال في الاصل موتها كموته واشار صاحب الهداية بقوله
هو الصحيح الى رواية الاصل واحترز به عن رواية النوادر ولكن لا ميراث للزوج منها اصلا
لانه وقع الفرقة بينهما قبل موتها بايقاع الطلاق عليها اما اذا مات الزوج اولا فلها
الميراث ان كانت مدخولة بحكم الفرار وان لم تكن مدخولة فلا ميراث لها ايضا لان امرأة
الفار انما ترث اذا كانت العدة باقية وقت الموت ولا عدة على غير المدخولة في الطلاق
ونقل شمس الائمة السرخسي رحمه الله في شرح الكافي للحاكم الشهيد عن النوادر وقال لا يقع
الطلاق بموتها لانه قادر على ان يطلقها ما لم تمت وانما يعجز بموتها فلو وقع الطلاق لوقع بعد
الموت وهو نظير قوله ان لم آت البصرة وجه ظاهر الرواية ان الايقاع حكمه الوقوع وقد

تحقق العجز عن الايقاع قبيل موتها لانه لا يعقبه الوقوع كما لو قال انت طالق مع موتك فيقع الطلاق
المعلق قبيل موتها بلا فصل لان ذلك القدر من الزمان صالح لوقوع المعلق لاستغنائه عن التكلم
فيقع لوجود الشرط حال قيام الملك وبقاء المحل **قوله** وهو الشرط اي العدم هو الشرط لان
عدم التطليق هو الشرط ووقوع الطلاق **قوله** هو الصحيح احترازا عن رواية النوادر **قوله**
ولو قال انت طالق اذا لم اطلقك او اذا ما لم اطلقك لم تطلق حتى يموت عند ابي حنيفة رضي الله عنه
وقالا تطلق حين سكت وهذه معادة الجامع الصغير ايضا اعلم ان هذا الخلاف اذا لم يكن له نية
اما اذا نوى الشرط فلا يقع الطلاق الا بموت احدهما بالاتفاق كما في ان واذا نوى الوقت اعني معنى
متى يقع الطلاق حين سكت بالاتفاق ايضا كما في متى فاذا مات ولم يطلقها طلقت في اخر جزء من اجزاء
حياته في الحين الذي لو اتى ان يطلقها فيه قطعه عنه الموت كذا قال الطحاوي في مختصره وجه
قولهما ان اذا لا يجازى بها وهو مذهب نحاة البصرة الا في الشعر لان حق ما يجازى به ان يكون
مبهما لا يدري ايكون ام لا وذلك لان الشرط معدوم على خطر الوجود واذا يستعمل في الامور
الواجبة الوجود وما علم انه كائن لا محالة كقولهم اذا طلعت الشمس خرجت واذا اذن
للصلاة فأت الاثري الى قوله اذا الشمس كورت واذا السماء انفطرت وليس فيه خطر بل هو
كائن لا محالة والاثري الى قول الشاعر • واذا تكون كريهة ادعى لها • واذا يحاس الحيس
يدعى جندب • حيث لم يجزم بها الفعل المضارع فلو كان يجازى بها كما في كلمة ان لجزمه ولهذا
اذا قال لها اذا شئت فانت طالق لا يخرج الامر من يدها بالقيام عن المجلس كما في قوله متى شئت بخلاف
قوله ان شئت ووجه قول ابي حنيفة رضي الله عنه ان اذا قد يجازى بها وهو مذهب اهل الكوفة
كالكسائي والفراء بدليل انها تلي الفعل اما الماضي او المستقبل فتنقل معنى الماضي الى المستقبل وتجزم
الفعل المضارع ويدخل في جوابها الفاء كما في ان ولهذا اذا قال اذا طلعت الشمس خرجت يكون
معناه الاستقبال واحتج الفراء لذلك بقول الشاعر • واستغن ما اغناك ربك بالغنى • واذا
تصبك خصاصة فتجمل • يعني جزمت اذا تصبك ودخل في جوابها الفاء في قوله فتجمل فلما كان اذا
يجازى بها قلنا عند عدم النية ان حمل على الشرط لا تطلق حتى يموت احدهما وان حمل على الوقت
تطلق حين سكت فوقع الشك في وقوع الطلاق فلا يقع بالشك ما لم يوجد اليقين وكذلك
نقول في المشيئة لانا ان جعلنا اذا بمعنى ان يخرج الامر من يدها وان جعلنا بمعنى متى لا يخرج
وكان الامر بيدها بيقين فلا يخرج بالشك والبيت لعبد قيس بن خفاف وما قبله اجبل ان
اباك كارب يومه فاذا دعيت الى المكارم فاعجل الله فانفقه واوف بجيع بذرع واذا احلفت
ممار يا فتحلل وبعده واستغن ما اغناك البيت والقصيدة مشهورة في المفضليات **قوله**
قال تعالى اذا الشمس كورت قال القتبي قال ابو عبيدة تكورت اي تلف كما تكور العمامة وقال بعض
المفسرين كورت اي ذهب ضوؤها **قوله** واذا تكون كريهة الى اخره قيل انه لابن
احمر وقيل لحري بن ضمرة قال صاحب ديوان الادب الكريهة اسم لشدة الناس في الحرب ويقال
للسيف ذو الكريهة وقال في الجمهرة الحيس معروف عن تمر يخلط بسمن واقط ثم يدلك حتى
يختلط قال الراجز التمر والسمن جميعا والاقط الحيس الا انه لم يختلط وقال الاصمعي قال لي
الرشيد فطن على الحيس والمور ومعنى يحاس اي يخلط وجندب اسم رجل وهو علم
منقول عن اسم الجنس وهو ضرب من الجراد وام جندب من اسماء الداهية ايضا **قوله**
استغن ما اغناك البيت قائله عبد قيس بن خفاف بن عمرو بن حنظلة اوصى به

ابنه

انه جبلا والخصاصة في البيت بمعنى الفقر وفي غير جامعي النقب الصغير وتجمل اذا ادى من
نفسه انه حسن الحال وان كان مجهودا **قوله** لان اللفظ يحتملها اي لان لفظ اذا يحتمل
الوقت والشرط لانه يستعمل فيهما جميعا **قوله** ولو قال انت طالق ما لم اطلقك انت طالق
فهي طالق هذه التطليقة وهذه من مسائل الجامع الصغير واشار بقوله هذه التطليقة
الى قوله انت طالق ثانيا قال صاحب الهداية معناه قال ذلك موصولا به اي معنى هذا
الكلام انه قال قوله انت طالق ثانيا موصولا بقوله انت طالق ما لم اطلقك وكذلك لو قال
انت طالق متى لم اطلقك انت طالق وبه صرح فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير وذكر في
الاصل ان قال متى لم اطلقك واحدة فانت طالق ثلاثا ثم قال حين سكت انت طالق واحدة
موصولا بكلامه فقد بر في يمينه وهذا استحسان وفي القياس يقع عليها ثلاث تطليقات ثم
وبالقياس اخذ زفر رحمه الله لانه وجد زمان خال عن التطليق وان قل فيقع الطلاق ثم
المضاف لوجود شرطه بيانه ان قوله انت طالق انما يكون تطليقا اذا تم فقبل ان يتم لا يكون
تطليقا فوجد شرط الحنث فيقع الطلاق المضاف وهو قياس مهجور لان غرض الحالف
من يمينه تحقيق البر والبر لا يحصل الا بان يكون هذا القدر مستثنى لانه لا يستطاع الامتناع
منه فيكون عفوا ولا نسلم ان شرط الحنث قد وجد بل وجد شرط البر لانه اشتغل بالتطليق
عقيب اليمين بلا فصل حتى اذا فصل يقع الطلاق المضاف والموصل جميعا ان كانت المراة مدخولا
بها وان لم تكن مدخولا بها يقع المضاف لا غير **قوله** والقياس ان يقع المضاف اي الطلاق
المضاف اراد به قوله انت طالق ما لم اطلقك **قوله** اصله من حلف لا يسكن هذه الدار
فاشتغل بالنقلة من ساعته اي اصل هذا الخلاف الذي وقع بيننا وبين زفر مسيلة كتاب
الايمان وهي ما اذا حلف لا يسكن هذه الدار فاشتغل بالنقلة من ساعته او حلف لا يلبس
هذا الثوب وهو لابسه فنزعه في الحال او حلف لا يركب هذه الدابة وهو لابسه فنزعه
في الحال او حلف لا يركب هذه الدابة وهو راكبها فنزل من ساعته فعندنا في جميع الصور
لا يحنث استحسانا وعند زفر يحنث قياسا **قوله** ومن قال لامراته يوم اتزوجك
فانت طالق فتزوجها ليلا طلقت وهذه من مسائل الجامع الصغير وفي الاصل قال اذا
قال يوم ادخل دار فلان فامراته طالق ولا نية له فدخل ليلا او نهارا طلقت اعلم ان اليوم
يذكر ويراد به النهار وهو زمان ممتد من طلوع الفجر الصادق الى غروب الشمس كما في قوله
تعالى فعدة من ايام اخر وقوله تعالى من يوم الجمعة ويذكر ويراد به مطلق الوقت
فيتناول الليل والنهار كما في قوله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره يريد ليلا انه من فر من
الزحف ليلا او نهارا يستحق الوعيد والنهار لا يستعمل في الليل والليل لا يستعمل في النهار
ثم الضابط في ارادة النهار او مطلق الوقت ان كل موضع يقبل التوقيت وضرب
المدة بان يكون الفعل ممتدا يراد به النهار من اليوم كما في الصوم لان النهار اليق بما يمتد وكل
موضع لا يقبل التوقيت وضرب المدة يراد فيه مطلق الوقت من اليوم لان مطلق الوقت اليق
بما لا يمتد كما في يومئذ دبره ثم في قوله يوم اتزوجك فانت طالق اريد باليوم مطلق الوقت لقرانه
بفعل لا يمتد فحنث الرجل بما تزوجها ليلا او نهارا لكن اختلفوا في الفعل الذي لا يمتد قال صاحب
الهداية الى انه الطلاق لانه قال والطلاق من هذا القبيل اي مما لا يمتد وكذا شمس الائمة السرخسي
مال الى انه الطلاق في مسيلة يوم ادخل دار فلان فامراته طالق في شرح الكافي وقال فخر له

الامام البزدوي رحمه الله وغيره كالصدر الشهيد والعتابي انه التزوج وهذا اوجه عندي
لان اليوم مضاف الى التزوج في الكتاب او الى الدخول في الاصل والمضاف انما يحصل له
التعريف او الاختصاص من المضاف اليه لا من غيره وكان اعتبار المضاف اليه وهو التزوج
او الدخول اولى من اعتبار غيره وهو الطلاق بخلاف ما اذا قال امرك بيدك يوم يقدم فلان
حيث يراد به النهار اعتبارا للفعل الامر باليد وهو مما يمتد كالصوم ولم يعتبر القدوم
المضاف اليه وهو مما لا يمتد لانه ثمة حصلت المعارضة بين موجب الجزاء وموجب معنى
الشرط من حيث الامتداد وعدمه فترجح جانب الجزاء لان في الامتداد تحصل مطلق الوقت
دون العكس وقد حققناه في شرحنا الموسوم بالتبيين وهذا اذا لم يكن له نية اما اذا
نوى من اليوم النهار يصدق في القضاء لانه نوى في كلامه حقيقته المستعملة ولو قال
ليلة اتزوجها فهي طالق او قال ليلة ادخل دار فلان فانت طالق فوجد فعل التزوج او
الدخول في النهار لا تطلق لان الليل لم يستعمل قط في النهار وبينهما مضادة فلا يراد من
الضد ضده **قوله** يراد به المعيار اي يراد باليوم المعيار اذا قرن بفعل ممتد والمراد
من المعيار ان يكون ممتدا بقدر الفعل كاليوم في الصوم **قوله** وهذا اليق به اي المعيار
اي كون المعيار مرادا من اليوم اليق بالفعل الممتد لان الفعل الممتد يحتاج الى وقت ممتد وهو
بياض النهار الذي صار المعيار عبارة عنه بخلاف ما اذا لم يكن الفعل ممتدا حيث لا يحتاج الى
وقت ممتد بل يكفيه مطلق الوقت **قوله** من هذا القبيل اي مما لا يمتد **قوله**
فينتظم الليل والنهار اي ينتظم اليوم اياهما لقرانه بما لا يمتد والله اعلم

فصل **قوله** ومن قال لامراته انا منك طالق فليس بشيء
وان نوى طلاقا وهذه مسئلة الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي
حنيفة رضي الله عنه في رجل يقول لامراته انا منك طالق ينوي الطلاق قال لا تكون
طالقا ولو قال انا منك بائن ينوي الطلاق كانت طالقا قال وكذلك لو قال انا عليك حرام
ينوي الطلاق كانت طالقا وهذا مذهبنا وعند الشافعي رحمه الله يقع الطلاق بقوله
انا منك طالق اذا نوى الطلاق له ان الطلاق مزيل للنكاح وهو قائم بالزوجين جميعا ثم
يصح اضافة الطلاق الى المراة لازالة النكاح القائم فينبغي ان يصح اضافته الى الزوج لازالة
النكاح القائم به كما في قوله انا منك بائن او انا عليك حرام ولنا ان الطلاق لازالة القيد
والقيد بالنكاح حصل للرجل على المراة لا للمراة على الرجل الا ترى ان المراة لا تتزوج زوجا
اخر ما دام نكاح الاول باقيا والرجل يتزوج امراة اخرى بخلاف لفظ الابانة والتحريم
فان الابانة تدل على قطع الوصلة المشتركة بينهما فلهذا جاز اضافته الى كل واحد
منهما الا ترى انه يقال بان عنها كما يقال بانت عنه وكذا لفظ الحرام يدل على ازالة الحل
والحل مشترك بينهما فلهذا جاز اضافة الحرام اليه كما جازت اضافته اليها الا ترى
انه يقال حرم عليها كما يقال حرمت عليه فلما لم يكن القيد على الرجل لم يصح اضافة
اللفظ الذي يدل على زوال القيد وهو الطلاق الى الرجل ولان الطلاق لو ثبت
ووقع على المراة لا يخلو اما ان يثبت ابتداء او بناء على ثبوته في الرجل فلا يجوز الاول
لعدم اضافة الطلاق اليها ولا يجوز الثاني ايضا لان الرجل ليس بطالق من المراة لعدم
القيد فيه فلغا قوله انا منك طالق كما اذا قال لعبده انا منك حر حيث لا يعتق فان قلت

لانسلم

لانسلم عدم القيد في الرجل ولهذا لا يجوز له ان يتزوج اربعا سواها عليها واختها وابنة اخيها
وابنة اختها قلت ذاك باعتبار عدم المشروعية لا باعتبار ان
القيد واقع على الرجل بيانه ان اربعا سواها معها يكن خمسا والجمع بين الخمس لا يجوز ابدا وان لم
يتزوج الواحدة قبل الاربع وكذا الجمع بين الاختين لا يجوز ابدا وكذا الجمع بين المراة وابنة
اخيها او اختها لا يجوز فلو كانت حرمة التزوج لوجود القيد على الرجل لجاز الجمع في هذه الصور
ابتداء لعدم القيد فعلم ان ما ذكره من عدم جواز نكاح الاربع او الاخت عليها لم يدل على وقوع
القيد على الرجل **قوله** في الوجه الاول اي في قوله انا منك طالق **قوله** لان ملك
النكاح مشترك كالشمس الائمة السرخسي في مبسوطه وهو شرح الكافي للحاكم الشهيد والذي
يقول بان الملك مشترك كلام لا معنى له بل الملك للزوج عليها خاصة حتى يتزوج المسلم
الكتابية ولا يتزوج الكتابي المسلمة **قوله** بالتمكين اي بتمكين المراة نفسها **قوله**
والطلاق وضع لازالتهما اي لازالة الملك والحل **قوله** فيصح مضافا اليه اي يصح
الطلاق مضافا الى الزوج **قوله** كما في الابانة والتحريم اي في قوله انا منك بائن
او انا عليك حرام يقع الطلاق بالاجماع اذا نوى **قوله** وهو فيها اي القيد في المراة
قوله ولو كان لازالة الملك فهو عليها يعني لا نسلم ان الطلاق لازالة الملك ولئن سلمنا انه
لازالة الملك لكن لا نسلم ان الملك للمراة على الرجل بل الملك للرجل على المراة الا ترى ان الرجل لما
ملك بضعها وجب عليه المهر والنفقة بمقابلة تملكه **قوله** وهي مشتركة اي
الوصلة **قوله** وهو مشترك اي الحل **قوله** فصحت اضافتهما اليهما اي اضافة
الابانة والتحريم الى الرجل والمراة جميعا **قوله** ولو قال انت طالق واحدة او لا فليس
بشيء وهذه مسئلة الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
رضي الله عنه في رجل قال لامراته انت طالق واحدة او لا قال ليس بشيء وقول ابي حنيفة
في هذا من الخواص لانه لم يذكر قوله في الاصل والمسئلة ذكرت في الجامع الصغير بلا
خلاف وقال في الاصل وان قال انت طالق واحدة او لا شيء فهي طالق واحدة في قول محمد
رحمه الله وهو قول ابي يوسف الاول ثم رجع ابو يوسف وقال لا يقع عليها شيء وكذلك
ان قال انت طالق ثلاثا او لا شيء فهي طالق واحدة رجعية في قول محمد وقول ابي يوسف
الاول ولم يذكر قول ابي حنيفة في الاصل كما ترى ونقل صاحب الاجناس رحمه الله عن
كتاب الطلاق املاء رواية ابي سليمان قال ابو حنيفة رضي الله عنه لا يقع الطلاق
كقول ابي يوسف ثم قال صاحب الاجناس وكذلك ذكره عن ابي حنيفة في الجرجانيات
ثم اعلم ان ما ذكره في الجامع الصغير قول ابي حنيفة وابي يوسف على ما ذكره في
الاصل من بيان قول محمد لانه لا فرق بين قوله او لا وبين قوله او لا شيء ولو كان المذكور
في الجامع الصغير قول علمائنا الثلاثة جميعا كان عن محمد روايتان اما اذا قال انت
طالق او غير طالق او قال انت طالق او لا او قال انت طالق او لا شيء لا يقع الطلاق
بالاتفاق لدخول كلمة الشك في اصل الايقاع كما اذا قال لعبده انت حر او عبد لا يعتق
بالاتفاق وجه قول محمد رحمه الله ان البطلان باعتبار دخول حرف الشك فيبطل ما
دخل فيه حرف الشك لا ما لم يدخل فيه حرف الشك وقد دخل حرف الشك في الواحدة
في قوله انت طالق واحدة او لا شيء وفي الثلاث في قوله انت طالق ثلاثا او لا شيء فيقع قوله

انت طالق بلا شك فيقع تطليقة رجعية ولابي يوسف وابي حنيفة رحمهما الله ان الطلاق اذا قرن بالعدد
يكون الواقع هو العدد فاذا بطل العدد لوقوع الشك لا يقع شيء اصلا الا ترى انه لو قال لغير المدخول
بها انت طالق ثلاثا يقع الثلاث بالاتفاق ولو قال لها انت طالق فقبل ان يقول واحدة او ثلاثا
ماتت المراة وقد قال ذلك لا يقع شيء فعلم ان الوقوع بالعدد **قوله** ذكر قول محمد في كتاب الطلاق اي
ذكر محمد قول نفسه في كتاب الطلاق من الاصل **قوله** ولا فرق بين المسئلتين اي بين قوله انت
طالق واحدة او لا وبين قوله انت طالق واحدة او لا شيء لانهما في المعنى واحد **قوله** هنا اي في
الجامع الصغير **قوله** لدخول كلمة بينها وبين النفي اي لدخول كلمة الشك بين الواحدة وبين حرف
النفي وهو لا **قوله** ان الوصف متى قرن بالعدد اراد بالوصف قوله طالق واراد بالعدد قوله
واحدة سماها عددا لكونها اصل العدد **قوله** على ما مر اراد به قوله ان الوقوع بالعدد لا بالصفة
وهي طالق ولكن العدد وقع نعتا لمنعوت محذوف اي تطليقة واحدة فالمنعوت هو الواقع في
الحقيقة فاذا كان الواقع هو يكون الشك داخلا في اصل الايقاع فلا يقع شيء **قوله** واذا كان الواقع
ما كان العدد نعتا له الضمير راجع الى الموصول وهو ما وهو عبارة عن التطليقة المحذوفة
واراد بالعدد الواحدة وقوله كان الشك داخلا في الايقاع جوابه قوله اذا كان **قوله**
ولو قال انت طالق مع موتي او مع موتك فليس بشيء وهذه من خواص الجامع الصغير وصورتها
فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل قال لامراته انت طالق مع موتي او
مع موتك قال ليس هذا بشيء يعني لا يقع شيء وذلك لانه اضاف الطلاق الى حالة الموت وهي منافية
لملك الطلاق فلا يقع بيانه ان الموت امر يزول به النكاح وانما يقع الطلاق على محل فيه
النكاح فمحال ان يقع الطلاق مع عدم النكاح ولان ركن التصرف انما يقع صحيحا اذا صدر
من الاهل مضافا الى المحل والا فلا الا ترى ان الصبي او المجنون اذا طلق امراته لا يقع
لعدم الاهلية واذا قال العاقل البالغ للحمار او للجدار انت طالق لا يثبت حكم الطلاق
لعدم المحلية فعلم ان الاهلية والمحلية شرط لصحة التصرف فهنا فيما نحن فيه موت الرجل
مناف للاهلية وموت المراة مناف للمحلية فلا يقع شيء **قوله** ولا بد منهما اي لا بد
لصحة التصرف من الاهلية والمحلية **قوله** واذا ملك امراته او شقصا منها او
ملكت المراة زوجها او شقصا منه وقعت الفرقة وهذه من مسائل القدوري اعلم ان احد
الزوجين اذا ملك صاحبه بشراء او ارث او هبة او صدقة يقع الفرقة لمنافاة بين ملك
اليمين وملك النكاح اما اذا ملكته فلانها مالكة له بجميع اجزائه بحكم ملك اليمين فلو بقي النكاح يلزم
ان يكون بعضها وهو بضعها مملوكا للرجل والمالكية اثر القاهرية والمملوكية اثر المقهورية
فمحال ان يكون الشيء الواحد في حالة واحدة مالكا ومملوكا وقاهرا ومقهورا فيلزم التنافي لا محالة
والمنافي للشيء اذا وجد وطرى عليه يبطله كالردة واما اذا ملكها فلان ملك اليمين ليس
بضروري وملك النكاح ضروري وبين السلب والايجاب منافاة فيلزم التنافي لا محالة ففي
ثبوت الضد يلزم ارتفاع الضد الاخر اما كون ملك اليمين ليس بضروري فظاهر لانه
مشروع مطلقا فانه يصح سواء وقعت الضرورة او لا واما كون ملك النكاح ضروريا فلان
القياس ان لا يقع ملك النكاح على الحرة اصلا كملك اليمين لان للحرية اثرا في دفع ايدي الاغيار لكن
شرع ملك النكاح لضرورة تعلق البقاء المقدور بتعاطيه بيانه ان الله تعالى اراد بقاء العالم
الى ما اراد من قيام الساعة وذلك لا يكون الا باتيان الذكور الاناث فلو لم يشرع النكاح لزم

التغالب

التغالب ونبه فساد والله لا يحب الفساد فشرع النكاح لهذه الضرورة وباقي التقرير مر في كتاب
النكاح في فصل المحرمات **قوله** او شقصا قال ابن دريد يقال لي في هذا المال شقص اي سهم
قوله فينتفي اي ملك النكاح **قوله** ولو اشتراها ثم طلقها لم يقع شيء اي لو اشترى الزوج
امراته الامة وهي من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمه الله
في رجل يتزوج الامة فيدخل بها ثم يشتريها ثم يطلقها قال لا يقع عليها طلاق وسكت عما اذا
اشترت المراة زوجها ثم طلقها فقال في الاصل واذا اشترت الحرة زوجها وهو عبد او ملكته
بميراث او غيره لم يقع طلاقه عليها وكذلك لو ملكت منه شقصا ثم قال وكذلك الحر يملك امراته
وهي امة او بعضها انتقض النكاح ولا يقع طلاقه عليها ثم قال وكذلك المراة يجامعها ابو زوجها او ابنه
وكذلك ان جامع الزوج امها او ابنتها والاصل فيه ما قلنا من المنافاة بين الملكين بيانه ان الطلاق
رفع قيد النكاح وقد ارتفع النكاح بالمنافي وهو ملك اليمين فلم يقع الطلاق وكذا المحرمية
بالمصاهرة منافية للنكاح ابتداء وبقاء كالمحرمية بالرضاع والنسب **قوله** لا من وجه كما في ملك
النقص ولا من كل وجه كما في ملك الجميع **قوله** وعن محمد رحمه الله انه يقع لان العدة واجبة
اي يقع الطلاق في الصورة الثانية على ما روي عن محمد رحمه الله لوجوب العدة عليها بيانه ان
الطلاق يعتمد ملك النكاح او قيام العدة فلم يوجد في الفصل الاول وهو ما اذا اشتراها الزوج
ثم طلقها لا ملك النكاح لزواله بالمنافي ولا قيام العدة لان الزوج يحل له وطؤها فلم يقع الطلاق
وفي الفصل الثاني وهو ما اذا اشترته المراة ثم طلقها يقع الطلاق لان العدة يجب عليها ولهذا
لا يحل له وطؤها ولا فرق في ظاهر الرواية بين الفصلين حيث لا يقع الطلاق للمنافاة المذكورة
قوله وان قال لها وهي امة لغيره انت طالق ثنتين مع عتق مولاك اياك فاعتقها مولاها
يملك الرجعة وهذه من خواص مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب
عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل قال لامراته وهي امة انت طالق ثنتين مع عتق مولاك
اياك فاعتق المولى الجارية فان الزوج يملك الرجعة اعلم ان محمدا رحمه الله اراد بالعتق
الاعتاق مجازا بطريق اطلاق اسم المعلول على العلة بدليل قوله اياك لانه ضمير منصوب
ولا بد من الفعل المتعدي ثم اعلم ان بعضهم علل في شرح الجامع الصغير في وجه المسئلة بان
ايقاع الطلاق قرن بايقاع العتاق فوجب تاخير الطلاق عنه لانه علقه به وانما وجب ذلك
لان اضافته اليه على سبيل القران لا يتصور قبل وجوده وليس في وسعه ايجاده الا العتاق
فوجب الترتيب عليه ضرورة القران بناء على وجوده فاقول سلمنا ان قران الطلاق بالعتاق
لا يتصور قبل وجود العتاق لانه حينئذ لا يتصور قبل وجود العتاق لكن لا نسلم ترتيب الطلاق على وجود العتاق لانه حينئذ لا
يبقى القران قرانا بل يصير معاقبة والتحقيق في الباب ان يقال انه قرن الطلاق بالاعتاق
ثم الاعتاق كما يوجد يوجد العتق معه لان المعلول مع العلة مقترنان كالكسر مع الانكسار
فاذا كان الطلاق مقرونا بالاعتاق يكون مقرونا بالعتق لا محالة والعتق ضد الرق فوجود
احد الضدين يستلزم زوال الضد الاخر ولا يبقى زواله على وجود الاخر اذ لا يصح ان يقال
وجد السكون فزال الحركة او وجد الحركة فزال السكون لانه يستلزم اجتماع الضدين وهو
محال بل وجود احدهما مع زوال الاخر يقترنان فلما ثبت العتق ثبت زوال الرق معه بلا
فصل فيقع الطلاق عليها حال وجود العتق وهي حال زوال الرق فلا يوجب الطلقتان
حرمة غليظة في الحرة فلهذا يملك الرجعة وصاحب الهداية علل وقال يملك الزوج الرجعة

لانه علق التطليق بالاعتاق والعتق لان اللفظ ينتظمها اي لفظ العتق ينتظم الاعتاق والعتق
ثم قال واذا كان التطليق معلقا بالاعتاق والعتق يوجد بعده اي يوجد التطليق بعد الاعتاق
والعتق ثم قال ثم الطلاق يوجد بعد التطليق فيكون الطلاق متاخرا عن العتق فيصادفها
وهي حرة فلا تحرم حرمة غليظة ولنا في قوله لان اللفظ ينتظمها نظر لانه يلزم الجمع
بين الحقيقة والمجاز وكذا في قوله الطلاق يوجد بعد التطليق لان الطلاق يوجد مع التطليق
لا بعده لان التطليق علة الطلاق كالكسر مع الانكسار فلو ترك ذكرهما لكان اولى فان
قلت كيف سمي صاحب الهداية اضافة الطلاق
الى زمان العتاق تعليقا والمعلق غير المضاف قلت
سماه تعليقا مجازا لا حقيقة لان التعليق توقيف امر على امر بحرف الشرط فلما وجد توقيف
الطلاق على العتاق سماه تعليقا وان لم يذكر حرف الشرط فصار كانه قال انت طالق ان
اعتقك مولاك قوله تعلق به الضمير راجع الى ما قوله والمذكور بهذه الصفة
اي العتق معدوم على خطر الوجود والحكم تعلق به فيكون شرطا قوله والمعلق
به التطليق اي الذي علق بهذه الصفة هو التطليق قوله معلقا بالاعتاق والعتق
كلاهما بالجر قوله يوجد بعده اي يوجد التطليق بعد الاعتاق والعتق وهو جواب
اذا قوله فيصادفها اي يصادف الطلاق المراة قوله يبقى وهو ان كلمة مع للقران
هذا اعتذار عما ورد على كلامه حيث قال بكون الطلاق متاخرا عن العتق فورد عليه
بان قيل لا نسلم انه متاخر عنه لان كلمة مع للقران والصحبة فقد سلمنا ذلك لكن قد يراد بها
التاخر مجازا كما في قوله تعالى فان مع العسر يسرا فحملنا على التاخر مجازا لوجود الدليل على
ارادته وهو معنى الشرط وذلك ان الجزاء يترتب على الشرط لا محالة وهذا اصح كلامه ولكن
لو قدر الكلام على ما حققنا نحن ما كان يحتاج الى تكلف اخر قوله فيحمل عليه اي يحمل مع
على التاخر قوله ولو قال اذا جاء غد فانت طالق ثنتين وقال المولى اذا جاء غد فانت حرة
فجاء الغد لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره وعدتها ثلاث حيض وهذه من خواص الجامع الصغير
ايضا اعلم انه لا خلاف في هذه المسالة على رواية ابي سليمان الجرجاني رحمه الله وعلى رواية
ابي حفص الكبير فيه خلاف قال محمد رحمه الله زوجها يملك الرجعة في الوجهين جميعا اي
في هذه المسالة وفي المسالة المتقدمة وهي ما اذا قال لها انت طالق ثنتين مع عتق مولاك
اياك وجه قول محمد رحمه الله ان الزوج اضاف التطليق الى زمان اضاف اليه المولى الاعتاق
وهو مجيء الغد ثم التطليق مقارن بمجيء الغد فيكون التطليق مقارنا بالاعتاق لان الاعتاق
مقارن بمجيء الغد ايضا لان المقارن لمقارن الشيء مقارن لذلك الشيء لا محالة ثم الاعتاق مع
العتق يوجدان بلا فصل لاستحالة انفكاك المعلول عن العلة فكذا التطليق مع الطلاق
فيقع الطلاق مع العتق مقارنا والطلقتان في الحرة لا توجبان حرمة غليظة فيملك الزوج
الرجعة كما في المسالة الاولى ووجه قولهما ان الاعتاق والتطليق متقارنان لاضافة
كل منهما الى ما اضيف اليه الاخر وهو مجيء الغد ثم الاعتاق يصادفها حال كونها امة
فالتطليق كذلك والطلقتان في الامة توجبان حرمة غليظة فلا يملك الزوج الرجعة
وعندي قول محمد اصح واقرب الى التحقيق قوله وعدتها ثلاث حيض وذلك لانها حرة
زمان وجوب العدة وعدة الحرة ثلاث حيض لا حيضتان فكذا في المسالة الاولى عدتها ثلاث

حيض

حيض قوله فتزل الايقاع اي فترك الزوج ايقاع الطلاق قوله علقه بالشرط اي
علق الزوج الايقاع بمجيء الغد سماه تعليقا بالشرط وان كان اضافة لوجود معنى الشرط مجازا
قوله به اي بالشرط قوله لانه علته اي لان الاعتاق علة العتق قوله اصله
الاستطاعة مع الفعل يعني ان الاستطاعة التي يحصل بها الفعل لا تسبق الفعل لان الفعل
معلولها فيقترنان وذلك لانها لو سبقت لا يخلو اما ان تبقى الى زمان وجود الفعل او لا فيلزم
من الاول قيام العرض بالعرض وفي الثاني يلزم حصول الفعل بلا قدرة وهو محال فكذا
الاعتاق لا يسبق العتق لان العتق معلوله قوله كالمسالة الاولى اراد بها قوله
انت طالق ثنتين مع عتق مولاك اياك قوله ولهذا تقدر عدتها بثلاث حيض هذا
ايضاح لقوله فتطلق بعد العتق بيانه ان الطلاق صادف الحرة ولهذا اعتدت بثلاث
حيض فلو صادف الامة لزمها الاعتداد بالحيضتين وفي هذا الاستدلال الذي اورده
صاحب الهداية نظر عندي لان الاعتداد بثلاث حيض باعتبار انها حرة زمان وجوب العدة
كما في المسالة الاولى لا باعتبار ان الطلاق صادف الحرة قوله بخلاف المسالة الاولى فرق
صاحب الهداية بين هذه المسالة وبين المسالة الاولى وحاصل الفرق ان التطليق والاعتاق
كلاهما يصادفان الامة في الثانية فلا يملك الزوج الرجعة وفي الاولى التطليق معلق بالاعتاق
فيوجد الطلاق بعد العتق فيملك الرجعة وفيه نظر عندي لان التطليق في المسالة الاولى
مضاف الى الاعتاق فيوجد كل منهما مع حكمه بلا فصل فيصادفها الطلاق حالة العتق فكذا هنا
التطليق والاعتاق مقرونان بزمان واحد لاضافتهما اليه فيوجد كل منهما مع حكمه بلا فصل
فيصادفها الطلاق حالة العتق فرق اذن قوله على ما قررناه اي في المسالة الاولى
وهو ان الشرط مقدم على المشروط قوله ولا وجه الى ما قال اي الى ما قال محمد لان العتق لو كان
يقارن الاعتاق لانه علته اي لان الاعتاق علة العتق فالطلاق يقارن التطليق لانه علته
اي لان التطليق علة الطلاق فيقترنان اي الاعتاق والتطليق يعني كما ان الاعتاق يصادفها
وهي امة فكذا التطليق وهذا الابد لبطلان لا وجه لقول محمد لان التطليق كما قارن الاعتاق
قارن الطلاق العتق ايضا فيصادفها الطلاق وهي حرة فافهم

فصل

قوله في تشبيه الطلاق ووصفه انما ذكر وصف الطلاق بعد ذكر اصوله وتنويعه لان
الوصف تابع للموصوف فناسب ذكره بعده قوله ومن قال لامراته انت طالق
هكذا ايشير بالابهام والسبابة والوسطى فهي ثلاث وهذه من مسائل الجامع الصغير قال
الخطابي في شرحه يريد به الاشارة ببطون الاصابع دون ظهورها اعلم ان الاشارة تقوم
مقام العبارة يدل على ذلك ما روي في الصحيح البخاري مسندا الى جبلة بن سحيم قال سمعت
ابن عمر رضي الله عنهما يقول قال النبي صلى الله عليه وسلم الشهر هكذا وهكذا وخنس الابهام
في الثالثة يعني ان الشهر يكون تسعة وعشرين يوما ومعنى خنس اي قبض والانخناس
الانقباض وفي الصحيح ايضا قالت اسماء جئت النبي صلى الله عليه وسلم في الكسوف فقلت
لعائشة ما شان الناس وهي تصلي فاومت براسها الى الشمس فقلت اية فاومت براسها ان نعم
وفيه ايضا قال ابو قتادة قال النبي صلى الله عليه وسلم في الصيد للمحرم احد منكم امره ان يحمل
عليه او اشار اليه قالوا لا قال فكلوا وفيه ايضا عن ابن عمر قال سمعت النبي صلى الله عليه وسلم
يقول الفتنة من هاهنا واشار الى المشرق وكذا في العرف يقوم الاشارة مقام العبارة

الا ترى ان عمروا اذا قيل له هل زيد عندك فحرك راسه طولا او عرضا يفهم منه نعم او لا فلما
كانت الاشارة تقوم مقام البيان للابهام الواقع في قوله هكذا قلنا يقع الطلاق بالاصابع المنشورة
لا بالمضمومة بدليل العرف واليه اشار في الاصل فانه قال فيه لو قال عنيت الاشارة
بالاصبعين المضمومتين عقدت لم يدين في القضاء لانه خلاف الظاهر ويدين فيما بينه وبين الله
تعالى لكون ما قاله محتملا ثم اعلم ان بعض الناس طعنوا على محمد رحمه الله في تسمية السبابة
هذا اسم جاهلي وانما اسمها الشرعي المسبحة والجواب عنه فاقول قد ورد في بعض النسخ السباحة
مكان السبابة والسباحة اسم شرعي ايضا الا ترى الى ما روى صاحب السنن باسناده الى عمرو بن
شعيب عن ابيه عن جده ان رجلا اتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله كيف الطهور
فدعا بماء في اناء فغسل كفيه ثلاثا ثم غسل وجهه ثلاثا ثم غسل ذراعيه ثلاثا ثم مسح براسه
وادخل اصبعيه السباحتين في اذنيه ومسح بابهاميه ظاهر اذنيه وبالسباحتين باطن اذنيه
ثم غسل رجليه ثلاثا ثلاثا ثم قال هكذا الوضوء فمن زاد على هذا او نقص فقد اساء وظلم او ظلم
واساء واخرجه النسوي وابن ماجة واما الجواب على رواية السبابة فاقول قد جاءت في الحديث
ايضا الا ترى الى ما حدث الطحاوي في شرح الاثار باسناده الى موسى ابي عايشة عن عمرو بن شعيب
عن ابيه عن جده ان رجلا اتى نبي الله صلى الله عليه وسلم فقال كيف الطهور فدعا رسول الله
صلى الله عليه وسلم بماء فتوضا فادخل اصبعيه السبابتين اذنيه فمسح بابهاميه ظاهر اذنيه
وبالسبابتين باطن اذنيه على انا نقول المعتبر في اللغات استعمال العرب العربا لا استعمال
اهل الحضر والمولدين فالسبابة حينئذ اولى بالاستعمال لكونها لغة العرب الخ وعدم النهي عن
التكلم بها ولانه اذا قيل اشار بالسبابة لا يفهم منه معنى المسبة ولا ينظر اليه اصلا بل يفهم
الاشارة بالاصبع التي تلي الابهام فحسب فعلم ان الطعن صدر عن جهل قوله اذا
اقترنت بالعدد المبهم اي اقترنت الاشارة بالاصابع بقوله هكذا وهذا لان قوله كذا العدد
وفيه ابهام فيصلح الاشارة بالاصابع بيانا لما فيه من الابهام قوله وان اشار بواحدة
فهي واحدة يعني ان اشار باصبعه الواحدة وقال انت طالق هكذا فهي تطليقة واحدة
واذا اشار بالاصبعين وقال انت طالق هكذا يقع تطليقتان وانما ذكر مسئلة الاشارة
بالاصبع والاصبعين بعد مسئلة الاشارة بالاصابع الثلاث وان كان قياس الوضع على
العكس لما ان المصنف في هذا الكتاب يذكر مسائل الكتابين مختصر القدوري والجامع
الصغير بسبيل الاصالة ثم يفرع عليها ما يليق بالموضع من مسائل الاصل وغيره وفي الجامع
الصغير لم يذكر مسئلة الاصبع والاصبعين فلهذا اخرها وفي مسئلة الاصل قوله
لما قلنا اشارة الى قوله لان الاشارة بالاصابع تفيد العلم بالعدد وفي مجرى العادة اذا
اقترنت بالعدد المبهم قوله وقيل اذا اشار بظهورها فبالمضمومة منها يعني اذا اشار
بظهور راحة يده الى المراة فيقع الطلاق حينئذ بالمضمومة من الاصابع لا بالمنشورة فيصدق
قضاء في ارادة المضمومة هذا قول بعض المتاخرين كذا ذكر شمس الائمة السرخسي في شرح
الكافي بخلاف ما اذا اشار اليها بالاصابع وبطونها الى المراة حيث يقع الطلاق بالمنشورة
لا بالمضمومة ولا يصدق قضاء في ارادة المضمومة وهو معنى قوله فلو نوى الاشارة
بالمضمومتين يصدق ديانة لا قضاء قوله وكذا اذا نوى الاشارة بالكف يعني اشار
اليها بالاصابع المنشورة وبطونها الى المراة وقال انت طالق هكذا ثم قال عنيت بها الاشارة

بالكف

بالكف لا بالاصابع يصدق ديانة لا قضاء قوله حتى يقع في الاولى ثنتان ديانة وفي الثانية
واحدة اراد بالاولى نية الاشارة بالمضمومتين وبالثانية نية الاشارة بالكف وانما قيد بقوله
ديانة لانه لا يصدق قضاء لكونه خلاف الظاهر فتطلق ثلاثا قضاء في الصورتين جميعا لانه
اشار اليها باصابعه الثلاث المنشورة قوله ولو لم يقل هكذا يقع واحدة يعني اذا اشار اليها
بالاصابع المنشورة وقال انت طالق لكنه لم يقل لفظ هكذا يقع طلقة واحدة لان الاشارة
لم تقترن بالعدد المبهم فاعتبر وجودها كعدمها فبقي قوله انت طالق ولا يقع به الا واحدة
وان نوى الثلاث عندنا وقد مر بيانه قوله واذا وصف الطلاق بضرب من الشدة
والزيادة كان بائنا مثل ان يقول انت طالق باين او البتة وهذه من مسائل القدوري وهو
قوله بضرب من الشدة والزيادة في مختصره بقوله مثل ان يقول انت طالق باين وطالق اشد
الطلاق وافحش الطلاق وطلاق الشيطان والبدعة وكالجبل وملء البيت وهذا كله قول
ابي حنيفة رضي الله عنه وفي بعض ذلك خلاف ابي يوسف ومحمد سنذكره ان شاء الله تعالى ثم اعلم
ان وقوع البائن في قوله انت طالق باين او طالق البتة مذهبنا وعند الشافعي رحمه الله يقع رجعيا
في المدخول بها لان صريح الطلاق معقب للرجعة بالاجماع ووصفه بالبائن او البتة خلاف
المشروع فلا يصح كما في قوله انت طالق على ان لا رجعة لي عليك ولنا ان صريح الطلاق وان كان
موجبه رجعيا يحتمل البينونة الا ترى انه اذا طلقها قبل الدخول يكون بائنا وان كان اللفظ صريحا
وكذا اذا طلقها بعد الدخول وانقضت عدتها يقع البينونة وان كان وقوع الطلاق بالصريح فعلم ان
البينونة محتمل كلامه فصح وصفه بالباين والبتة ولانه وصف الطلاق بضرب من الزيادة ثم هي
لا تخلوا اما ان تكون من حيث البينونة او من حيث العدد والثاني منتف لعدم دلالة اللفظ على
العدد فتعين الاول لدلالة اللفظ عليه ولا نسلم وقوع الرجعي في قوله انت طالق على ان لا
رجعة لي عليك فعندنا يقع واحدة بائنة ايضا عند عدم النية وكذا نوى الثنتين اما اذا نوى
الثلاث فيقع الثلاث لان قوله على ان لا رجعة لي عليك صار كناية عن البينونة والثلاث احد
نوعي البينونة فيصح نيتها قوله لتعين احد المحتملين هو بفتح الميم الثاني اراد بهما الرجعي
والباين وفيه نظر لان الرجعي ليس بمحتمل الطلاق بل هو موجبه والمحتمل هو البائن فافهم قوله
لما مر من قبل اراد به ما ذكره في باب ايقاع الطلاق بقوله لان معنى التوحد مراعى في الفاظ الوحدان
وذلك بالفردية او الجنسية والمثنى بمعزل منها قوله ولو عنى بقوله انت طالق واحدة وبقوله
باين او البتة اخرى يقع تطليقتان بائنتان لان هذا الوصف يصلح لابتداء الايقاع يعني اذا قال
لها انت باين او انت بتة ونوى به الطلاق يقع البائن فكذا اذا وصف الطلاق بذلك ونوى بكل
واحد منهما الطلاق وقال في الفتاوى الولوالجي وقيل الاول يقع رجعيا فاقول هذا اصح عندي
لان قوله باين في قوله انت طالق باين وقع خبرا بعد خبر للمبتدا كما في قولهم زيد عالم عاقل اي جامع
لهذين الوصفين فيثبت بكل واحد منهما موجبه وموجب الطالق ثبوت الرجعة وموجب البائن
ثبوت البينونة ولا معنى لوقوع التطليقتين البائنتين ولا يلزم من كون الثاني بائنا كون
الاول بائنا وصحة وقوع الثنتين في قوله انت طالق البتة فيها نظر عندي لان قوله البتة ذكر
منصوبا وهو من حيث العربية لا يصح الا اذا جعل صفة لمصدر محذوف بان يراد انت طالق
الطلقة البتة والطلقة للمرة الواحدة ولا دلالة فيها على التكرار اما اذا لم ينوه فظاهر وكذا اذا
نواه لان الطلقة مصدر وقع تاكيدا لما دل عليه قوله طالق فلا يثبت بها شي اخر على سبيل الاصالة

قوله وكذا اذا قال انت طالق افحش الطلاق اي يقع تطليقة بائنة وذلك لان الطلاق انما يوصف
بالفحش باعتبار اثره وحكمه وفحشه من حيث الاثر بالبينونة وكذا اذا قال اخبث الطلاق او اسوءه لهذا
المعنى وكذا اذا قال اشد الطلاق او اشر الطلاق او اعظم الطلاق او اكبر الطلاق فهذا الكل باب
واحد فان نوى ثلاثا فثلاث وان نوى واحدة او لم يكن له نية فواحدة بائنة لان معنى العظم
والكبر والشدة تظهر في الحكم فيكون كقوله انت طالق باين سوا وقال الصدر الشهيد رحمه الله في شرح
الجامع الصغير ذكر بن سماعة في نوادره انه اذا قال انت طالق اقبح الطلاق فان نوى ثلاثا فثلاث وان
نوى واحدة فهي واحدة رجعية عند ابي يوسف بائنة عند محمد ابو يوسف يقول ان صفة القبح
لغو لان الطلاق لا يوصف به فبقي قوله انت طالق ومحمد يقول اقبح الطلاق اغلظه وذلك في البائن
وقال الحاكم الشهيد رحمه الله في مختصره الموسوم بالكافي وان قال انت طالق اكثر الطلاق فهي ثلاث لا يدين فيها
اذا قال نويت واحدة وذلك لانه صرح بالكثرة فلم يعتبر نيته الواحدة وقال ايضا وان قال انت طالق
اكمل الطلاق او اتم الطلاق فهي واحدة رجعية لانه ليس في لفظه ما ينبئ عن العظم والشدة وقال
ايضا وان قال انت طالق طول كذا او كذا او عرض كذا او كذا فهي واحدة بائنة ولا يكون ثلاثا وان نواها
وذلك لان الطول والعرض يدل على القوة والشدة لكن الطول والعرض يكونان للشيء الواحد فصار
كانه قال انت طالق واحدة طولها كذا وعرضها كذا فلم يصح نية الثلاث وقال ايضا وان قال انت
طالق خير الطلاق او اعدله او احسنه او افضله فهي طالق للسنة في وقت السنة وان نوى ثلاثا فهي
ثلاث للسنة وقال الطحاوي في مختصره ولو قال انت طالق تطليقة حسنة او جميلة كانت طالقا يملك
فيها رجعتها حائضا كانت او غير حائض ولم تكن هذه التطليقة للسنة ثم قال وروى اصحاب الاملاء عن
ابي يوسف انها طالق تطليقة للسنة كما لو قال انت طالق احسن الطلاق وقد ذكرنا هذه المسئلة تكثيرا
للفوائد وان لم يذكرها صاحب الهداية قوله وكذا اذا قال طلاق الشيطان او طلاق البدعة
يعني يقع البائن وذلك لان طلاق الشيطان وطلاق البدعة ضد طلاق السنة وهو رجعي اذا لم ينو
الثلاث فيكون ضده بائنا فيصدق لتتباين الاشيا وعن ابي يوسف انه اشترط نية البينونة في طلاق
البدعة لان الايقاع قد يكون في الحيض وهو بدعي مع انه رجعي فلا بد من نية البينونة وروى
هشام عن محمد رحمه الله اذا قال انت طالق للبدعة او طلاق الشيطان انه يقع رجعيا لانه يتصور
وقوعه بهذه الصفة وهو رجعي بان يكون في حالة الحيض فلا يقع البائن بالشك قوله وكذا
اذا قال كالجبل اي كان بائنا وكذلك قوله مثل الجبل وهو مذهب ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وقال ابو يوسف يكون رجعيا لان المشبه به شيء واحد فكان تشبيها في الواحدة ولنا ان التشبيه
يقتضي زيادة وصف وذلك بالبينونة وقول ابي يوسف ضعيف لانه اذا قال زيد كالاسد لا
يحمل احد هذا الكلام على التشبيه في الوحدة وقال في شرح الطحاوي ظاهر الرواية عن ابي يوسف
مثل قول ابي حنيفة قوله لما قلنا اشارة الى قوله لان التشبيه به يوجب زيادة لا محالة قوله
فكان تشبيها في توحيده اي فكان قوله انت طالق كالجبل تشبيها للطلاق بالجبل في توحيد الطلاق
كالجبل قوله ولو قال لها انت طالق اشد الطلاق او كالالف او ملء البيت فهي واحدة بائنة
الا ان ينوي ثلاثا وهذه من مسائل الجامع وقوله انت طالق كالالف من الخواص بيانه انه اذا
نوى الواحدة او لم يكن له نية فهي واحدة بائنة فان نوى ثلاثا فثلاث اما البينونة في قوله
اشد الطلاق فلان شدة الطلاق بالابانة واما وقوع الثلاث اذا نوى فلذكر المصدر لانه اذا
لم يذكر الشدة ونوى الثلاث كانت الثلاث تقع فلان تقع عند ذكر الشدة اولى واما البينونة في

قوله انت طالق كالالف فلما ان الالف يذكر ويراد به الشدة والقوة يقال فلان الف رجل اي في القوة ويذكر
ويراد به العدد فاذا نوى الواحدة يقع البائن على الاعتبار الاول واذا نوى الثلاث يقع الثلاث
على الاعتبار الثاني فان لم يكن له نية يقع الواحدة البائنة لان الاقل متيقن وقال الولوالجي رحمه الله
في الفتاوى روي عن محمد رحمه الله انه يقع الثلاث لان الالف اسم العدد وهو الظاهر فكان
التشبيه بالالف تشبيها في العدد ولو قال انت طالق واحدة كالالف فهي واحدة بائنة ولا يكون
ثلاثا ان نوى لان الواحدة لا تحتمل العدد فيكون التشبيه لزيادة القوة ولو قال انت طالق كعدد
الالف يقع الثلاث لانه نص على العدد واما البينونة في قوله انت طالق ملء البيت فلان الشيء انما يملأ
البيت اما لعظمه واما لكثرته والعظم في الطلاق بالابانة والكثرة بالثلاث فايهما نوى صح فعند عدم
النية يثبت الابانة لتيقن الاقل وروى الطحاوي عن ابي يوسف ومحمد في غير ظاهر الرواية اذا قال
انت طالق مثل الجبل او ملء البيت او ملء الكوز يكون رجعيا وقال في شرح الاقطع لو قال انت طالق
تطليقة ملء الكوز كان بائنا في قولهم جميعا لانه صفة للطلاق تقتضي زيادة عظم وليس ذلك الا
البينونة قوله اما الاول اراد به قوله اشد الطلاق قوله واما الثاني اراد به قوله كالالف
قوله يراد بهذا التشبيه اي يراد التشبيه بقوله كالالف قوله فتصح نية الامرين يعني اذا نوى
الواحدة يقع البائن باعتبار التشبيه في القوة واذا نوى الثلاث تقع ايضا باعتبار التشبيه في العدد
قوله وعند فقدانها يثبت اقلها اي عند فقدان النية يثبت اقل الامرين وهو الواحد البائن قوله
واما الثالث اراد به قوله ملء البيت قوله ثم الاصل عند ابي حنيفة الى اخره واعلم ان الاصل
هنا ما ذكروا في شروح الجامع الصغير وهو انه متى شبه الطلاق بشيء يقع بائنا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما
الله سواء كان المشبه به صغيرا او كبيرا وسواء ذكر العظم او لم يذكر لان التشبيه يقتضي زيادة وصف
وعند ابي يوسف رحمه الله ان ذكر العظم يكون بائنا والا فلا سواء كان المشبه به صغيرا او كبيرا لان
التشبيه ربما يكون في التوحيد والعظم يقتضي زيادة وصف لا محالة وذلك بالبينونة وعند زفر
ينظر الى المشبه به فان كان مما يوصف بالعظم والشدة كان بائنا والا فهو رجعي ذكر العظم او لم
يذكر وقيل ان محمدا مع ابي يوسف بيانه في قول الرجل لامرأته انت طالق مثل راس الابرة او مثل
حبة الخردل فهو بائن عند ابي حنيفة ومحمد لمكان التشبيه رجعي عند ابي يوسف لانه لم يذكر العظم
وكذا عند زفر لان المشبه به مما لا يوصف بالعظم والشدة ولو قال مثل عظم الابرة كان بائنا
عند ابي حنيفة ومحمد للتشبيه وكذا عند ابي يوسف لذكر العظم وعند زفر رجعي لان الابرة
لا توصف بالعظم والشدة ولو قال انت طالق مثل الجبل فهو بائن عند ابي حنيفة ومحمد للتشبيه
ايضا ورجعي عند ابي يوسف لعدم ذكر العظم وبائن عند زفر لان الجبل يوصف بالعظم عند الناس
اما اذا قال مثل عظم الجبل يكون بائنا عند الكل للتشبيه عندهما ولذكر العظم عند ابي يوسف
ولكون المشبه به عظيما عند زفر واما اذا قال انت طالق عدد التراب فهي واحدة رجعية عند ابي
يوسف لان التراب لا يعد فكانه شيء واحد وعند محمد يقع الثلاث لانه يراد بهذا اللفظ الكثرة وقال
الولوالجي رحمه الله في فتاواه رجل قال لامرأته انت طالق عدد ما في الحوض من السمك وليس في الحوض
سمك يقع واحدة وكذلك لو قال انت طالق بعدد كل شعرة على جسد ابليس لعنه الله يقع واحدة لا غير
حتى يعلم ان على جسد ابليس شعرا ام لا لانه اذا لم يكن في الحوض سمك ولا على جسد ابليس لعنه الله شعر
لم يقع على عدد السمك والشعر فصار كانه قال انت طالق ولم يزد على ذلك وقال ايضا رجل قال لامرأته
انت طالق بعدد الشعر الذي على بطن كفي يقع واحدة ولو قال بعدد الشعر الذي على ظهر كفي وقد اطلا

ظهر الكف فلم يبق شعر لا يقع شيء لان بطن الكف لا يكون عليه شعر قط فلم يقع على عدد الشعر اما على ظهر
الكف شعر فيقع على عدد الشعر النابت فاذا لم يوجد فلم يوجد الشرط وكذلك لو قال لامراته انت
طالق عدد الشعر الذي على فرجك وقد اطلت ذلك اليوم بالنورة ولم يبق على فرجها شعر وقد ذكرنا
هذه المسايل تكثيرا للفوايد وان لم تذكر في المتن قوله لان التشبيه قد يكون بالتوحيد على
التجريد يعني ان التشبيه قد يكون في مجرد وحدة الشيء من غير نظر الى شيء اخر قوله ولو قال انت
طالق تطليقة شديدة او طويلة او عريضة فهي واحدة باينة وهذه من مسايل الجامع الصغير وفيها
خلاف زفر بيناه قبل فصل اضافة الطلاق الى الزمان في قوله انت طالق من ههنا الى الشام وانما
وقع الطلاق باينا في الشدة لما قلنا في الاسرع واهون شرح الشيء وقوته بان لا يحتمل الاعتراض عليه
بالانتقاض وذلك في الطلاق البائن لان البائن يشتد على الزوج تحتمه لا يمكن تداركه باستقلال
الزوج ويراد به القوة بالطول والعرض ولهذا يقولون ليس لهذا الامر هذا الطول والعرض اي
هذه القوة وروي عن ابي يوسف رحمه الله انه يقع الرجعي بهذه الالفاظ الثلاثة لان وصف الطلاق
بالشدة والطول والعرض ليس يمكن للزوم قيام العرض بالعرض وجوابه لا نسلم ان قيام العرض بالعرض
لا يجوز وقد جوزه البعض لصحة قولهم حركة سريعة وحركة بطيئة ولين سلمنا ان قيام العرض بالعرض
لا يجوز لكن نقول للاحكام الشرعية حكم الجواهر فيجوز حينئذ او نقول سلمنا انه لا يجوز حقيقة ولكن
لا نسلم انه لا يجوز مجازا قوله وهو البائن الضمير راجع الى ما في ما لا يمكن قوله وما يصعب
تداركه يقال لهذا الامر طول وعرض اي بقاء قوته قوله ولو نوى الثلاث في هذه الفصول
صحت نيته لتنوع البينونة اراد بالفصول قوله انت طالق باين او البتة وانت طالق افحش الطلاق
وقوله اخبث الطلاق او اسوأه وطلاق الشيطان وطلاق البدعة وقوله اشد الطلاق
او كالف او ملء البيت ومثل راس الابرة ومثل عظم راس الابرة ومثل الجبل ومثل عظم الجبل
وقوله انت طالق تطليقة شديدة او طويلة او عريضة ففي هذه الفصول كلها يقع الثلاث
اذا نواها عند ابي حنيفة رحمه الله لانها نوى البينونة والباين على نوعين خفيفة وغليظة
فاذا نوى الثلاث فقد نوى اغلظ النوعين واعلاهما فصح وذكر الصدر الشهيد رحمه الله في
شرح الجامع الصغير مثل ما ذكر صاحب الهداية من صحة نية الثلاث في الفصول كلها ولكن
الامام الزاهد العتابي قال في شرحه للجامع الصغير والصحيح انه لا يصح نية الثلاث في انت
طالق تطليقة شديدة او طويلة او عريضة لانه نص على التطليقة وانها تتناول الواحدة
ثم قال هكذا ذكر شمس الايمة السرخسي رحمه الله قلت
وهذا هو الاصح عندي لان النية انما تصح فيما يحتمله اللفظ ذلك والتاء موضوعة للوحدة
فلا تحتمل غير ذلك فلا يصح نية الثلاث قوله على ما مر اشارة الى قوله قبل صفحة فتقع
واحدة باينة اذا لم تكن له نية او نوى الثنتين اما اذا نوى الثلاث فثلاث

فصل في الطلاق قبل الدخول لما كان وضع النكاح للدخول كان الطلاق قبله من العوارض
وشرع في بيان ذلك بعد بيان الطلاق بعد الدخول لانه الاصل والاصل مقدم على العارض
لا محالة قوله واذا طلق الرجل امراته ثلاثا قبل الدخول بها وقعن عليها وهذه من
مسايل القدوري وقال الحسن البصري تبين بقوله انت طالق ويلغو قوله ثلاثا كذا في
شرح الاقطع وقال في الاصل واذا طلق الرجل امراته ثلاثا جميعا فقد خالف السنة واثم
بربه وهي طالق ثلاثا ولا تحل له حتى تنكح زوجا غيره ويدخل بها ثم قال بلغنا ذلك عن رسول الله

صلى الله عليه وسلم وعن علي بن ابي طالب وابن مسعود وابن عباس وغيرهم رضي الله عنهم وان
دخل بها او لم يدخل بها فهو سواء واذا قال لها ولم يدخل بها انت طالق انت طالق بانت بالاول
وكانت الاثنتان فيما لا يملك بلغنا ذلك عن عمر وعلي وابن مسعود وزيد بن ثابت رضي الله عنهم ثم
قال وقال ابن ابي ليلى يقع عليها ثلاث تطليقات اذا كان في مجلس واحد وجه قول الحسن رحمه الله ان
قوله طالق يقع عليها فتبين لا الى عدة فيصادفها قوله ثلاثا وهي اجنبية ولنا ما روى محمد رحمه الله عن
رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن اصحابه وهو ما ذكرنا انفا ولان الواقع هو المصدر المحذوف
وهو الطلاق الذي قام صفته وهي الثلاث مقامه تقديره انت طالق طلاقا ثلاثا لا قوله انت طالق
وحده فاذا كان كذلك يقع الثلاث جملة ولان الطلاق اذا قرن بالعدد يكون الايقاع بالعدد لا بالطلاق
وحده الا ترى انها لو ماتت بعد قوله انت طالق قبل قوله ثلاثا لا يقع شيء فيكون المجموع كالجملة الواحدة
حكما ولا ينفصل بعضها عن بعض لان ايقاع الثلاث لا ينافي بلفظ او حرفه بخلاف قوله انت طالق
وطالق حيث انفصلت الثانية والثالثة لانها كلمات متفرقة فوقعت الاولى دونهما وجه قول ابن
ابي ليلى ان المجلس جامع للمتفرقات فيجعل الجمل كجملة واحدة ولنا ان قوله انت طالق في المرة الثانية ايقاع
على حدة فكذا في الثالثة لكونه كلاما والايقاع انما يعمل في محل قابل له وقد بانت لا الى عدة في المرة الاولى
ولم يبق محلا للثانية والثالثة وقال شمس الايمة السرخسي رحمه الله في مبسوطه وهو شرح الكافي للحاكم الشهيد
عند ابي يوسف تبين بالاولى قبل ان يفرغ من الكلام الثاني وعند محمد بعد فراغه من الكلام الثاني لجواز
ان يلحق بكلامه شرطا او استثناء ولكن هذا انما يتحقق عند ذكر العطف بالواو واما بدونه لا يتحقق
الخلاف لانه لا يتحقق به الشرط والاستثناء وقال في اصوله ما قاله ابو يوسف احق فانه ما لم يقع الطلاق
لا يفوت المحل ولو كان وقوع الاولى بعد الفراغ من التكلم بالثانية لوقعا جميعا لوجود المحل مع
صفة التكلم بالثانية قوله على ما بينا اشارة الى ما ذكر في الفصل المتقدم على فصل تشبيه الطلاق
بقوله ولهما ان الوصف متى قرن بالعدد كان الوقوع بذكر العدد الى اخره قوله فان فرق الطلاق
بانت بالاولى ولم تقع الثانية وذلك مثل ان يقول انت طالق طالق طالق وذلك اشارة الى تفريق
الطلاق ولكن ذكر صاحب الهداية صورة تفريق الطلاق بدون حرف العطف والحكم فيما
اذا ذكر حرف العطف كذلك ولهذا اذا قال لها انت طالق وطالق وطالق تبين بواحدة لا
الى عدة والاصل فيه ان الكلام اذا لم يوجد في اخره ما يغير اوله كالشرط والاستثناء لا يتوقف
اوله على اخره فيقع الاولى وتبين لا الى عدة لانها غير مدخول بها فلا يقع لوقوع الثانية والثالثة
محل فيلغو كلامه بخلاف ما اذا قال لها انت طالق وطالق وطالق ان دخلت الدار حيث تقع
الثلاث جملة اذا وجد الدخول لوجود المغير في الاخر وهو الشرط واذا قدم الشرط فعند ابي حنيفة
يقع الواحدة لان المعلق بالشرط كالمنجز عند وجوده فان قيل
الجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع فلو قال لها انت طالق ثلاثا يقع الثلاث فينبغي ان يقع الثلاث ايضا
اذا قال لها انت طالق وطالق وطالق قلت نعم انه جمع بحرف
الجمع في الطلقات لكن لما وقعت الاولى بلا توقف لعدم المغير في الاخر بانت بها ولم يبق محل
للثانية والثالثة فان قيل ينبغي ان يقع الثلاث تحقيقا
لمعنى الجمع في الواو قلت حينئذ يكون الواو للمقارنة ولا دلالة
لها عليها لانها للجمع المطلق فان قيل يلزم الترتيب على ما قلتم والواو
لم توضع له قلت لا نسلم الترتيب وهو انما يلزم اذا كان وقوع الثانية

والثالثة محققا فلا وقوع ولا ترتيب او نقول الواو لا لانه على الجمع المطلق لا على المقارنة ولا على
الترتيب وهنا لما وقعت الاولى بلا توقف لما قلنا بانت ولم تبق محلا لوقوع شيء اخر فلا يرد السوال
قوله وكذا اذا قال انت طالق واحدة وواحدة وقعت واحدة لما ذكرنا انها بانت بالاولى
يعني لما سبقت الاولى في الوقوع صادفتها الثانية وهي مبانة قوله ولو قال لها انت طالق
واحدة فماتت قبل قوله واحدة كان باطلا وهذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد
عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل يقول لامراته انت طالق واحدة فماتت قبل
ان يقول واحدة او يقول انت طالق ثنتين فماتت قبل ان يقول ثنتين او قال انت طالق ثلاثا
فماتت قبل ان يقول ثلاثا او قال انت طالق ان شاء الله فماتت قبل ان يقول ان شاء الله لم تطلق شيا
والاصل فيه ان الطلاق اذا قرن بالعدد يكون المعتبر في الايقاع هو العدد فاذا ماتت المراة
قبل ذكر الزوج العدد لا يقع شيء والكلام اذا كان في اخره ما يغير حكم صدره يكون موقوفا
على الاخر فلا يقع شيء وان ماتت قبل ذكر الاستثناء والموت ينافي الايجاب ولا ينافي ما يبطل به الايجاب
بل يلايمه فيصح الاستثناء لكن اذا كان الاستثناء موصولا لا مفصولا لان الاستثناء من بيان التغيير
فيشترط كونه موصولا قوله لما بينا اشارة الى قوله لانه قرن الوصف بالعدد فكان الواقع
هو العدد قوله وهذه تجانس ما قبلها من حيث المعنى اي هذه المسائل الثلاث المذكورة من
قوله انت طالق واحدة فماتت قبل قوله واحدة وقوله انت طالق ثنتين فماتت قبل ان يقول ثنتين
وقوله انت طالق ثلاثا فماتت قبل ان يقول ثلاثا تشاكل وتماثل المسئلة التي قبلها من حيث المعنى
وهي ما اذا طلق الرجل امراته ثلاثا قبل الدخول بها بان المعتبر في الموصوف في الايقاع
هو العدد لا الوصف فكانت هذه المسائل مماثلة للمسئلة المتقدمة من حيث المعنى الا ان بينهما
تفاوتا في الحكم وهو ان الطلاق واقع في المسئلة المتقدمة لان العدد صادفها وهي منكوحة وهنا
لم يقع شيء لان العدد صادفها وهي ميتة ليست بمحل لوقوع الطلاق قوله ولو قال انت
طالق واحدة قبل واحدة او بعدها واحدة وقعت واحدة وهذه المسئلة مذكورة في الجامع
الصغير ومختصر القدوري جميعا اعلم ان ههنا فصولا ثلاثة وهي قبل وبعد ومع ولا بد لكل
واحد منها بالاضافة الى المصرح او الى الكناية ففي مع تقع الثنتان كيف كانت الاضافة لان
وضعها للقران فكذا في قبل وبعد اذا كانت المراة مدخولا بها اما اذا لم تكن مدخولا بها فاذا
قال انت طالق واحدة قبل واحدة او بعدها واحدة وقعت واحدة واذا قال انت طالق
واحدة قبلها واحدة او بعد واحدة يقع ثنتان وذلك مبني على اصلين احدهما ان حرف الظرف
وهو قبل وبعد اذا ذكر بين اسمين فان كان مضافا الى الكناية كان صفة لما بعده وان كان
مضافا الى المصرح كان صفة لما قبله كما في قولك جاءني زيد قبل عمرو او قبله عمرو ولا نعني بالصفة
مصطلح النحاة بل الصفة المعنوية كيف كانت والاصل الثاني ان ايقاع الطلاق في الماضي ايقاع
في الحال اذا كانت المراة في الماضي محلا لصحة ايقاع الطلاق فيه عليها وذلك لانه لا يملك الاسناد
لان الطلاق وضع لرفع الاستباحة وما مضى من الاستباحة لا يمكن رفعه فيقع في الحال لانه
يملك ذلك فاذا قال انت طالق واحدة قبل واحدة يكون القبلية صفة للمذكور اولا فتبين
المراة بالواحدة الاولى فلا يبقى المحل لوقوع الثانية وكذا اذا قال انت طالق واحدة بعدها
واحدة يقع واحدة لان البعدية صفة للواحدة الثانية فاذا لم يوكدها بالبعدية وقال انت
طالق واحدة وواحدة يقع واحدة فلان يقع الواحدة وقد اكدا للثانية بالبعدية اولى واحرى

اما اذا قال انت طالق واحدة قبلها واحدة يقع ثنتان لان القبلية صفة للواحدة الثانية وليس في وسعه
تقديم ذلك وفي وسعه ايقاعها في الحال لانه لا يملك الاسناد فيثبت ما في وسعه فتقترنان وكذا اذا قال انت
طالق واحدة بعد واحدة يقع ثنتان لان البعدية صفة للواحدة الاولى فيقتضي ان يقع الواحدة الثانية
قبل ذلك وليس في وسعه ذلك فتقعان جميعا لان الايقاع في الماضي ايقاع في الحال والمسئلة في المبسوط
والجامع الصغير موضوعة في واحدة وواحدة اما في الجامع الكبير فقد وضعه في واحدة وكل
واحدة وهي تعرف ثمه قوله وكذا اذا قال انت طالق واحدة بعد واحدة اي يقع ثنتان
قوله وعن ابي يوسف في قوله معها انه يقع واحدة لان الكناية تقتضي سبق المكني عنه قال
الناطفي في الاجناس قال ابو يوسف في اختلاف زفر في قوله معها واحدة يقع واحدة وقال في مختصر
الكافي للحاكم الشهيد فان قال انت طالق واحدة ونصفا كانت طالقا ثنتين ولو قال انت طالق احدا وعشرين
كانت طالقا ثلاثا لانه لا يتكلم باحد وعشرين الا هكذا ولا يستطيع ان يتكلم بواحدة ونصف الا هكذا
وذكر شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي خلاف زفر فقال عنده يقع واحدة لوجود العطف ثم قال وان
قال انت طالق احد عشر تطلق ثلاثا بالاتفاق قوله في الوجوه كلها اي في قوله قبل واحدة او
قبلها واحدة وبعد واحدة او بعدها واحدة ومع واحدة او معها واحدة قوله ولو قال لها ان
دخلت الدار فانت طالق واحدة وواحدة فدخلت وقعت عليها واحدة عند ابي حنيفة رضي الله عنه
وقالا يقع ثنتان وان قال لها انت طالق واحدة وواحدة ان دخلت الدار فدخلت طلقت ثنتين وهذه من مسائل
القدوري وظن بعض مشايخنا ان معنى الترتيب يثبت في الواو عند ابي حنيفة ومعنى القران عندهما
استدلالا بهذه المسئلة وليس الامر كذلك بل الواو للجمع المطلق عند اصحابنا جميعا رضي الله عنهم الا
ان ابا حنيفة رضي الله عنه قال المعلق بالشرط كالمنجز عند وجوده فلو قال لغير المدخول بها
بعد دخول الدار انت طالق واحدة وواحدة يقع الواحدة ولغت الثانية لانها تصادفها وهي
اجنبية بخلاف ما اذا اخر الشرط وقال انت طالق واحدة وواحدة ان دخلت الدار حيث يقع
الثنتان اذا وجد الشرط لان صدر الكلام يتوقف على اخره اذا كان في اخره ما يغير موجبه
كالاستثناء فاذا وجد الشرط وقع جميع ذلك وهما قالا ان الواو للجمع فيقع جميع ذلك عند وجود
الشرط كما اذا قال انت طالق ثنتين اما اذا كانت المراة مدخولا بها وقع الجميع بلا خلاف قدم الشرط
او اخر لان الثانية تصادفها وهي في العدة وهذا فيما اذا ذكره بحرف الواو فان ذكر بحرف الفاء فقال
ان دخلت الدار فانت طالق واحدة فواحدة فهو على هذا الخلاف على ما ذكره الطحاوي والكرخي
فعند ابي حنيفة يقع واحدة وعندهما يقع ثنتان قال ابو بكر الرازي وذلك لان الفاء تقتضي الجمع
وهي كالواو من هذا الوجه وان كانا يختلفان من وجه اخر وذكر الفقيه ابو الليث في مختلفه انه
يقع واحدة بالاتفاق لان الفاء للتعقيب وموجبه الترتيب فتصادفها الثانية وهي اجنبية وهو
الصحيح فان كانت المراة مدخولا بها يقع ثنتان على التتابع فلو ذكر بحرف ثم وهي للعطف على التراخي
ففيه تفصيل ذكره شمس الائمة السرخسي رحمه الله في اصول لم ينقل الا عن النوادر وبيانه فيما اذا
قال لغير المدخول بها ان دخلت الدار فانت طالق ثم طالق ثم طالق عند ابي حنيفة تتعلق الاولى
بالدخول ويقع الثانية في الحال ويلغو الثالثة بمنزلة قوله انت طالق طالق طالق من غير حرف
العطف حيث ينقطع بعض الكلام عن البعض وعندهما يتعلق الكل بالدخول ثم عند الدخول يظهر
الترتيب في الوقوع فلا يقع الا واحدة لاعتبار التراخي بحرف ثم ولو اخر الشرط ذكرا فعند ابي حنيفة
تطلق واحدة في الحال ويلغو ما سواها وعندهما لا تطلق ما لم تدخل الدار فاذا دخلت طلقت

واحدة ولو كان مدخولا بها فان اخر الشرط عند ابي حنيفة تطلق ثنتين في الحال وتتعلق
الثالثة بالدخول وعندهما ما لم تدخل لا تطلق شيئا فاذا دخلت طلقت ثلاثا ولو قدم الشرط فعند
ابي حنيفة رضي الله عنه يقع الثانية والثالثة في الحال ويتعلق الاولى بالدخول وعندهما لا يقع
شيء ما لم تدخل الدار فاذا دخلت طلقت ثلاثا هكذا ذكر مفسر ابي النوادر قوله فيتعلقن جملة
وفي بعض النسخ فيقعن جملة والنسختان وقعتا بضمير جماعة النساء على اسناد الفعل الى الطلقات وهي غير
مذكورة اي تقع الطلقات جملة وكان الاولى ان يقول فيتعلقان اوان يقول فيقعان بلفظ التثنية
لان الواحدة ذكرت مرتين لا ثلاث مرات وكان الاوفق ان يقول لها كما اذا نص على الثنتين مكان
قوله كما اذا نص على الثلاث فافهم قوله وله ان الجمع المطلق يحتمل القران والترتيب وعلى اعتبار
الثاني لا تقع الا واحدة اراد بالثاني الترتيب بيانه ان الواو ليس بموضوع للقران بعينه ولا للترتيب
بعينه ولكنه لمطلق الجمع كيف كان فاذا كان كذلك كان كل واحد من القران والترتيب مما تحتمله الواو
فعلى اعتبار القران يقع الجميع وعلى اعتبار الترتيب لا يقع الا الواحدة لكونها غير مدخول بها فلا يقع
ما زاد على الواحدة بالشك قوله فيتوقف الاول عليه اي اول الكلام على الشرط واراد بالكرخي
الشيخ ابا الحسن الكرخي رحمه الله وهو من كبار علمائنا العراقيين استاذ الشيخ ابي بكر الجصاص الرازي
وغيره من المجتهدين رضوان الله عليهم اجمعين قوله واما الضرب الثاني وهو الكنايات
هذا عطف على ما ذكر بقوله فالصريح مثل قوله انت طالق في اول باب ايقاع الطلاق لانه قسم الطلاق
ثمة على صريح وكناية ففرغ عن بيان الصريح فالان شرع في بيان الكناية ثم اعلم ان الصريح ما هو مكشوف
المراد والكناية ما هو مستتر المراد من قولهم كنيت او كنوت كها المغايبة وكاف المخاطبة لان ها
المغايبة لا تنبئ بنفسها عن اسم واسم وسميت الفاظ التحريم والبينونة ونحوها كنايات الطلاق مجازا
بيانه ان هذه الالفاظ معلومة المعاني فينبغي ان لا تسمى كناية بها وانما سميت كناية مجازا لحصول الابهام
في المراد بها فلما وقع الابهام في المراد بها لا يقع الطلاق بها الا بالنية او بدلالة الحال لان النية تعين
بعض محتملات اللفظ فيزول الابهام به لا محالة وكذا دلالة الحال يزول بها الابهام ثم لما تعين
الطلاق بالنية او دلالة الحال يثبت الحرمة والبينونة وكانت هذه الالفاظ عاملة في حقايقها لانها
للحرمة والبينونة والقطع الا ثلاثة الفاظ وهي قوله اعتدي واستبرئي رحمك وانت واحدة
فانها تعقب الرجعة بعد تعين الطلاق بالنية ولا اثر لها في البينونة والحرمة والقطع لان الاعتداد
من العد والحساب والاستبراء طلب براءة الرحم والواحدة من الواحد فلا تدل على المعاني المذكورة
فاذا نوى الطلاق بقوله اعتدي يقع الطلاق بثبوته اقتضاء بعد الدخول كانه قال انت طالق فاعتدي
وقبل الدخول يقع على استعارة المعلول للعلة لان الطلاق على ما عليه الاصل علة العدة فصار كانه
قال انت طالق وكذا اذا نوى الطلاق بقوله استبرئي لانه بمعنى اعتدي لانه تصريح بما هو المقصود
من الاعتداد وقد صح ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لسودة اعتدي ثم راجعها وكذا اذا
نوى الطلاق بقوله انت واحدة يقع الطلاق بسبيل الاضمار على تقدير انت طلقة واحدة او تطليقة
واحدة بحذف الموصوف واقامة الصفة مقامه فان قيل
لم لا يجوز ان يقع الطلاق اقتضاء بقوله اعتدي فيما قبل الدخول قلنا
لان المقتضى ثبوته لتصحيح المقتضي وهنا لا يصح المقتضي وهو الاعتداد قبل الدخول لانه لا عدة
على غير المدخول بها فلا يصح المقتضى فتعينت الاستعارة تصحيحا لكلامه والباقي يعرف في الاصول
وقد مر تحقيق ذلك في شرحنا الموسوم بالتبيين قوله او دلالة الضمير راجع الى التعيين

ويجوز

ويجوز ان يرجع الى الحال لان الحال مما يذكر ويؤنث ودلالة الحال بان يكونا في حال مذاكرة الطلاق
وكان اللفظ لا يصلح ردا وبيانه يجيء قوله قال وهي على ضربين اي قال القدوري في مختصره
الكنايات على ضربين اي نوعين واراد بهما الرجعي والبائن اجمل اولا ثم فصل ذلك بقوله منها
ثلاثة الفاظ يقع بها طلاق رجعي ولا يقع بها الا واحدة وبقوله وبقية الكنايات اذا نوى بها
الطلاق كانت واحدة بائنة قوله وهي الضمير راجع الى ثلاثة الفاظ قوله اما الاولى
اي اللفظة الاولى اراد بها قوله اعتدي قوله فان نوى الاول تعين بنيته اي ان نوى
الاعتداد عن النكاح تعين الاعتداد عن النكاح ويجوز ان يراد المفعول من الضمير في بنيته
بارادة الاول وان يراد الفاعل ايضا بارادة الزوج او المتكلم لان النية قائمة مقام الذكر وهذا
لان المصدر يجوز اضافته الى الفاعل والى المفعول مع حذف الاخر قوله واما الثانية اراد
بها قوله استبرئي رحمك قوله فكان بمنزلته اي فكان قوله استبرئي رحمك
بمنزلة قوله اعتدي قوله واما الثالثة اراد بها قوله انت واحدة قوله كانه قال اي
قال مصدرا محذوفا عنه اي عند الزوج قوله هذه الالفاظ اراد بها قوله اعتدي واستبرئي
رحمك وانت واحدة قوله ولا يقع الا واحدة لان قوله انت طالق فيها مقتضا او مضمر يعني
ان ثبوت الطلاق بهذه الالفاظ اما بسبيل الاقتضا كما في اعتدي واستبرئي رحمك لان الطلاق
ثابت شرعا لا لغة واما بسبيل الاضمار كما في قوله انت واحدة لانه لما زال الابهام بنية الطلاق
ثبت الطلاق لغة انه مضمر فيه بحذف الموصوف واقامة الصفة مقامه وذلك جائز في كلامهم
كقوله وعليهما مسرودتان قضاهما داود او صنع السوابغ تبع اي درعان مسرودتان والبيت
لابي ذويب الهذلي في قصيدة طويلة له وقال وجيز الشافعي له لو قال لغير المدخول بها اعتدي ونوى به
الطلاق فعنه وجهان لانها غير معترضة للعدة قوله ولو كان مظهرا لا يقع بها الا واحدة فاذا كان مضمرا
اولى يعني لو كان الطلاق مظهرا وقال انت طالق لا يقع الا الواحدة فيما كان مضمرا في قوله انت واحدة
اولى ان لا يقع الا الواحدة وذلك لان الاصل في الكلام الصريح لكونه ادل على المراد بخلاف المضمر فان
فيه قصورا ولهذا لا يثبت حكمه الا بالنية قوله لكن التنصيص على الواحدة ينافي نية الثلاث يعني
لا يصح نية الثلاث في قوله انت واحدة وان ذكر المصدر بان قيل انت طلقة واحدة للمنافاة بين الوحدة
والعدد فلا يحتمل لفظه العدد لا حقيقة لانه ليس بموضوع له ولا مجازا للمنافاة قوله ولا معتبر
باعراب الواحدة عند عامة المشايخ لان العوام لا يميزون بين وجوه الاعراب احترز به عما قال بعض
مشايخنا في شرح الجامع الصغير اذا اعرب الواحدة بالرفع لم يقع شيء وان نوى لانها صفة لشخصها وان
اعرب بالنصب يقع من غير نية لانه نعت مصدر محذوف وان سكن ولم يحرك تحتاج الى النية وان نوى
كان على الاختلاف يعني عندنا يقع واحدة رجعية وعند الشافعي لا يقع شيء فقال بل كل الوجوه على
الاختلاف فعلى ما عليه عامة المشايخ رحمهم الله وتحقيق المسألة مر مستقصى في كتابنا الموسوم بالتبيين
قوله قال وبقية الكنايات اذا نوى بها الطلاق كانت واحدة بائنة اي قال القدوري في مختصره اراد
ببقية الكنايات ما سوى الالفاظ الثلاثة المذكورة وهذا مذهبنا وعند الشافعي رحمه الله كل الكنايات
يعقب الرجعة ويجيء بيانه ان شاء الله تعالى وان نوى ثلاثا كان ثلاثا لانه نوى ما يحتمله لفظه
لان البينونة على نوعين خفيفة وغليظة وعند انعدام النية يثبت الادنى للتيقن وان نوى ثنتين
كانت واحدة وقال زفر يقع ما نوى وبه قال مالك والشافعي وروى مالك في الموطا عن ابن شهاب انه
سمعه يقول في الرجل لامرأته برئت مني وبرئت منك انها ثلاث تطليقات بمنزلة البتة

مالك ايضا انه بلغه عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه انه قال في قول الرجل لامراته انت علي حرام انها
ثلاث تطليقات قال وذلك احب ما سمعت الي وقال في الموطا ايضا في قوله انت الخلية او البرية
او بائنة انها ثلاث تطليقات للمراة التي قد دخل بها ويدين في التي لم يدخل بها تطليقة واحدة اراد
ام ثلاثا فان قال واحدة احلف وكان خاطبا من الخطاب وقال احمد بن حنبل هو عندي ثلاث لكني
اكره ان افتي به سوا دخل بها او لم يدخل وجه قول زفر انه اذا نوى الثلاث يصح فكذا ما دونه
كالواحدة ولنا ان اللفظ صيغة فرد فلا يحتمل العدد وانما تناول الثلاث باعتبار انها واحد اعتباري
لا باعتبار انها عدد ولهذا قلنا يصح نية الثنتين اذا كانت المراة امة لان الثنتين جنس طلاق الامة
كالثلاث في حق الحرة قوله وهذا مثل قوله انت بائن ونيته الى اخره وهذا لفظ القدوري الى
قوله وابتغي الازواج وكان ينبغي ان يقول وهذه مثل قوله لانها اشارة الى الكنايات لكنه ذكر المبتدا
بالنظر الى الخبر او اراد المذكور في هذه الالفاظ كلها انما يقع الطلاق بقول الزوج رضيت المراة او
سخطت الا في قوله اختاري وامرك بيدك فلا يقع الطلاق الا باختيارها نفسها كذا قال الامام
الاسبيجابي رحمه الله قوله قال الا ان يكون في حال مذاكرة الطلاق فيقع بها الطلاق في القضا ولا
يقع فيما بينه وبين الله تعالى الا ان ينوي به اي قال القدوري الا ان يكون اي ان يكون التكلم بهذه
الالفاظ في حال مذاكرة الطلاق وفي بعض النسخ الا ان يكونا بضمير الاثنين اي ان يكون التكلم الزوجان
وهو استثنا من قوله وبقية الكنايات اذا نوى بها الطلاق كانت واحدة يعني يشترط النية في الكنايات
ولا يقع الطلاق بلا نية الا في حال مذاكرة الطلاق فحينئذ يقع الطلاق بلا نية في القضا ولا
يصدق في انه لم ينو الطلاق قضا ويصدق ديانة الا اذا نوى قوله قال سوى بين هذه
الالفاظ وهذا فيما لا يصلح ردا اي قال صاحب الهداية سوى القدوري بين الفاظ الكنايات
في وقوع الطلاق بلا نية في حال مذاكرة الطلاق لكنه فيما لا يصلح ردا اما اذا كان اللفظ يصلح
ردا فلا بد من النية ولكن شمس الايمة السرخسي رحمه الله في مبسوطه وهو شرح الكافي للحاكم
الشهيد اطلق الجواب كما في القدوري فقال فاما في حال مذاكرة الطلاق فلا يدين في القضا في شي
من الالفاظ التي ذكرناها بل يحمل على الجواب لما تقدم من سوالها ولكن فخر الاسلام البزدوي
وغيره في شروح الجامع الصغير ذكروا الجواب مفصلا وذاك يحتاج الى بيان وجملته ان الاحوال
ثلاثة حالة مطلقة وهي حالة الرضا اي حالة ابتدا الزوج بالطلاق ليست بحال مذاكرة
الطلاق وليست بحال الغضب والثانية حالة مذاكرة الطلاق وهي ان تسال المراة او غيرها
طلاقها زوجها والثالثة حالة الغضب والكنايات ايضا ثلاثة اقسام قسم يصلح جوابا وردا لا
غير اي جوابا لسوال المراة الطلاق وردا لكلام المراة عند سوالها الطلاق وهو سبعة
الفاظ ذكرها الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير اخرجي اذهبي اعزبي قومي تقنعي
استتري تخمري وذكر في شرح ابي نصر تزوجي ايضا وهو في معنى ابتغي الازواج والحق في شرح
الطحاوي بهذا القسم الحقي باهلك حبلك على غاربك لا سبيل لي عليك لا نكاح بيني وبينك لا ملك لي
عليك وهذه الالفاظ كما تصلح جوابا للطلاق اي اخرجي واذهبي لاني طلقتك تصلح للرد وتبعيد
المراة عن نفسه وكذا الالفاظ الباقية وقوله تزوجي كونه جوابا ظاهر وكونه ردا لكلامها
بحسب التهديد وكذا لا نكاح بيني وبينك والقسم الثاني ما يصلح جوابا لا ردا وهو قوله انت واحدة
اعتدي واستبري وامرك بيدك واختاري وهذه الالفاظ لا تصلح الا جواب سوال الطلاق
لانها لا تصلح للرد والتبعيد ولا للشتم وهذا ظاهر والقسم الثالث ما يصلح جوابا ولا يصلح

ردا لكنه يصلح شتيمة وهو خمسة الفاظ خلية برية بتة بائن حرام وهذه الالفاظ تصلح جوابا لسوال
الطلاق على معنى انت خلية لاني طلقتك وكذا الباقي وتحتمل الشتيمة على معنى انت خلية عن الخير خلية
عن الاخلاق الحسنة برية عن الطاعات والمحامد او عن الاسلام بائن بتة عن كل رشد او بائن عن الدين بتة
العذار لا حيا لك برية عن الطاعات والمحامد حرام الصحبة والعشرة ويقال حرام مكروه مستحب قبيح اما في الحالة المطلقة
فلا يقع الطلاق في شي من الكنايات الا بالنية للاحتمال وعدم دلالة الحال واما في حال مذاكرة الطلاق
فما يصلح جوابا وردا وهو القسم الاول لا يجعل طلاقا بلا نية ويصدق في انه لم ينو الطلاق لانه
لما احتمل الوجهين ثبت الرد وهو الادنى لكونه متيقنا ولم يتعين الجواب بالشك وما يصلح جوابا ولا
يصلح ردا وهو القسم الثاني لا يصدق فيه انه لم ينو الطلاق لان الحال حال الجواب فوقع الطلا[ق]
بدلالة الحال وان لم ينو وكذلك حكم القسم الثالث لان اللفظ لما لم يحتمل الرد وهو صالح للجواب والشتيمة
جميعا والحال ليس بحال الشتيمة تعين الجواب واما في حال الغضب فالقسم الاول لا يجعل جوابا
للشك لانه يحتمل الجواب والرد مخابطة ويصدق في انه لم ينو والقسم الثاني يجعل جوابا
لتعينه له لانه لا يصلح لغيره ولا يصدق في انه لم ينو والقسم الثالث لا يجعل جوابا ويصدق في
انه لم ينو الطلاق لانه يحتمل الشتيمة والايجاب وحال الغضب يحتملهما جميعا فيحمل على الادنى وهو
الشتم وهو ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه الحق بالقسم الثاني خمسة الفاظ اخرى خليت
سبيلك سرحتك لا ملك لي عليك والحقي باهلك هكذا ذكر فخر الاسلام والصدر الشهيد في شرح
الجامع الصغير ولكن العتابي ذكر في شرح الجامع الصغير وقال الحق ابو يوسف خمسة اخرى
لا ملك لي عليك لا سبيل لي عليك الحقي باهلك خليت سبيلك حبلك على غاربك وذكر الولوالجي
في فتاواه عن ابي يوسف انه الحق بهذه الالفاظ الخمسة اربعة الفاظ وهي خليت سبيلك
لا ملك لي عليك ... فارقتك لا سبيل لي عليك لا ملك لي عليك لانها تحتمل معنى السب ايضا اي خليت سبيلك لهوانك
وفارقتك انفا لشرك ولا سبيل لي عليك لسو خلقك ولا ملك لي عليك لانك ادون من ان املكك واشار
الولوالجي بالالفاظ الخمسة الى قوله انت واحدة امرك بيدك واختاري واعتدي واستبري رحمك
والحقي من اللحوق لا من الالحاق ومعنى وهبتك لاهلك اي عفوت عنك لاجل اهلك ما لزمك
من العقوبة او طلقتك وتركتك لاهلك وقوله حبلك على غاربك يراد به التخلية ونقض اليد
قال المبرد اي اصله ان الناقة اذا اراد وا ارسالها للرعي القوا حبلها على غاربها ولا يتركوا ساقطا
فيمنعها من الرعي والغارب ما بين السنام والعنق وقال في وجيز الشافعية ان الطلاق ليس بصريح
على الاصح وقوله سرحتك او فارقتك صريح الى هنا لفظه قوله لما قلنا اشارة الى قوله غير
موضوعة للطلاق بل تحتمله وغيره قوله في القضا ظرف لقوله لم يصدق اي لا يصدق
قضا في انه لم ينو الطلاق قوله عند سوال الطلاق من اضافة المصدر الى المفعول اي
عند سوال المراة الطلاق قوله ويصدق فيما يصلح جوابا وردا اي في حال مذاكرة
الطلاق قوله وما يجري هذا المجرى اراد به ما يصلح جوابا وردا كالالفاظ المذكورة
في القسم الاول كقوله اعزبي واستتري قال شمس الايمة في المبسوط لو قال اذهبي ونوى
به الطلاق كان طلاقا موجبا للبينونة لانه لا يلزمها الذهاب الا بعد زوال الملك قوله
لانه احتمل الرد وهو الادنى فحمل عليه اي على الادنى متيقن وذلك لان الرد دافع والجواب رافع
لان الطلاق رافع لقيد النكاح والدفع اسهل من الرفع فيكون الرد ادنى من الجواب كذلك بعض
مشايخي يقولون مرادا بقرعانه ونحوه قوله يصدق في جميع ذلك يعني في حالة الغضب يصدق

في انه لم ينو الطلاق في جميع اقسام الكنايات الا في القسم الثاني فانه لا يصدق فيه لانه لا يصلح الا
للجواب قال الحاكم الشهيد في الكافي اذا قال لها اعتدي ثلثا فسئل عن نيته فان لم ينو الطلاق فهي امراته بعد
ان يحلف وكذلك كل شيء مما ذكرت اذا قال لم انو فيه الطلاق فعليه اليمين وان نوى باعتدي الطلاق
فهي واحدة يملك الرجعة وان نوى ثلثا فهي واحدة رجعية الى هنا لفظ الحاكم رحمه الله قوله
ثم وقوع البائن بما سوى الثلاثة الاول مذهبنا وقال الشافعي يقع بها رجعي وهو مذهب عمر وابن
مسعود ومذهبنا مذهب عامة الصحابة كذا في الحصر واراد بالثلاثة الالفاظ الاول ما ذكرها في
اول الكنايات بقوله اعتدي واستبرئي وانت واحدة واصل الخلاف هنا ان العامل هو لفظه
للطلاق الذي صار لفظ الكناية مجازا عنه او لفظ الكناية اي وقع مستعارا ومجازا فعندنا الكناية
هي العاملة بحقيقتها وعند الشافعي رحمه الله المستعار له هو العامل له ان الفاظ الكناية وقعت كناية
عن الطلاق والطلاق معقب للرجعة فلا يكون الواقع بالكناية بائنا كما في الالفاظ الثلاثة
والدليل على انها كناية عن الطلاق افتقارها الى النية في وقوع الطلاق وايضا ينتقص عدد الطلاق
فلو لم تكن كناية عن الطلاق لم ينتقص ولنا ان الفاظ الكناية يدل على البينونة والحرمة وازالة
الوصلة فيثبت ذلك لصدورها عن الاهل مضافا الى المحل وهذا لان صحة التصرف انما تكون
بذلك واهل الطلاق هو العاقل البالغ ومحله هو المنكوحة ولكن احتيج الى النية ليزول
الاستتار الواقع في المراد بهذه الالفاظ فاذا نوى الطلاق زال الاستتار وعملت الكنايات في
حقائقها فحصلت البينونة والحرمة وازالة الوصلة بخلاف الالفاظ الثلاثة فان لفظ اعتدي
واستبرئي بعد النية لا يعمل في حقيقته لان حقيقته للعد والحساب ولا اثر لذلك في القطع
وازالة الوصلة والاستبراء في معنى الاعتداد لكونه تعرفا عما هو المقصود منه وكذلك
قوله انت واحدة لا يعمل بحقيقته فانما يقع الطلاق به بطريق الاضمار فيكون رجعيا
وانتقاص عدد الطلاق بوقوعه بالكناية لا ابتداء بل بناء على ثبوت البينونة والحرمة
وازالة الوصلة لانه من لوازم البينونة لانه لا يتصور بقا قيد النكاح مع ارتفاع وصلة
النكاح قوله والدلالة على الولاية ان الحاجة ماسة الى اثباتها كيلا ينسد عليه باب
التدارك ولا يقع في عهدتها بالمراجعة من غير قصد وهذا جواب سوال مقدر بان يقال لم قلتم
ان له ولاية شرعية في تصرف الابانة فقال والدليل على ان له ولاية شرعية ان الحاجة ماسة
الى اثبات الابانة بيانه ان تصرفات العباد انما شرعت دفعا لحوائجهم كما نرى في ساير التصرفات
والزوج قد يحتاج الى الابانة بهذه الصفة فيكون له هذه الولاية دفعا لحاجته بيانه انه لو
تصرف على وجه ينسد عليه باب التدارك باستيفا عدد الثلاث يقع في الحرام ولا يمكنه التدارك
لان ارسال الثلاث حرام وبدعة ولو تصرف على وجه لا ينسد عليه باب التدارك ولا يحصل
به البينونة ربما يبدو اي ان له مصلحة في الرجعة فيراجعها حينئذ ثم يطلقها ثانيا وثالثا
فيودي الى استيفا العدد وهو حرام وبدعة سد باب التدارك فلما كان كذلك شرع له التصرف
على وجه تحصل البينونة في الحال مع بقا المحلية حتى لو بدا له يمكنه التدارك بالتزوج لبقا المحلية
وهو معنى قوله كيلا ينسد عليه باب التدارك ولا يمكنه الرجعة لحصول البينونة في الحال وهو
معنى قوله ولا يقع في عهدتها بالمراجعة لانه يقع في وطيها بالرجعة اذا كانت زانية او سليطة
وكذا يقع في الحرام باستيفا العدد ايضا فافهم قوله وليست بكنايات على التحقيق جواب
عن قول الشافعي انها كنايات عن الطلاق فقال لا نسلم ان الفاظ الكناية كنايات على الحقيقة بل

هي معلومة المعاني ولا استتار في حقائقها وانما سميت كنايات مجازا للاستتار فيما تتصل به الالفاظ لا للاستتار
في انفسها فلما زال ذلك الاستتار بنية الطلاق عملت في حقائقها قوله والشرط تعيين احد نوعي
البينونة دون الطلاق وهذا جواب عن قوله ولهذا يشترط النية اي نية الطلاق يعني ان البينونة تحتمل
البينونة عن النكاح وتحتمل البينونة عن غيره وانما اشترطت النية في الفاظ الكنايات لتعيين احد نوعي البينونة
لا لاجل الطلاق يعني لا يشترط النية لاجل ان الفاظ الكناية كنايات عن الطلاق على الحقيقة فلا يكون لفظ
البائن ونحوه رجعيا قوله وانتقاص العدد لثبوت الطلاق بناء على زوال الوصلة جواب
عن قوله وينتقص بها العدد يعني ان الطلاق ثبت في ضمن البينونة بناء عليها لا باعتبار ان الكناية مستعار
للطلاق وبانه مر قوله ولا يصح نية الثنتين عندنا خلافا لزفر رحمه الله وقول مالك والشافعي
كقول زفر وقد مر بيانه عند قوله وبقية الكنايات اذا نوى بها الطلاق كانت واحدة بائنة قوله
لانه عدد وقد بيناه من قبل اي لان الثنتين عدد وهذا دليلنا واشار بقوله من قبل الى ما ذكره في
باب ايقاع الطلاق بقوله لان معنى التوحد مراعى في الفاظ الوحدان وذلك بالفردية والجنسية والمثنى
بمعزل منها قوله وان قال لها اعتدي اعتدي اعتدي وقال نويت بالاولى طلاقا وبالباقي حيضا دين
في القضا وهذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه
في رجل يقول لامراته اعتدي اعتدي اعتدي وقال عنيت بالاولى الطلاق وبالثنتين الباقيتين الحيض
قال يدين في القضا وان قال لم اعن بالباقيتين شيئا فالدهي طالق ثلاثا اعلم اولا ان الطلاق لا يقع بهذا
اللفظ بلا نية لكونه محتملا في نفسه فقد يكون مراده اعتدي نعم الله عليك او نعم الله عليك او اعتدي
من وطي بشبهة او اعتدي لاني طلقتك او اعتدي جناياتك تهديدا لها وفي اللفظ المحتمل لا يتعين له
الطلاق الا بالنية او بما يدل عليه من غضب او مذاكرة طلاق وبها فصلان كما نوى الاول به الحيض
بالباقيتين والثاني عدم نية الباقي اما الفصل الاول فانما صدق قضاء لانه نوى حقيقة كلامه باللفظة
الثانية والثالثة ونوى محتمل كلامه بالاولى ولان الامر بالاعتداد مستقيم بعد وقوع الطلقة فيصدق
قضاء وانما قلنا انه نوى محتمل كلامه بالاولى بدليل ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لسودة اعتدي
وجعل ذلك طلاقا فلما احتمل يثبت الطلاق بعد الدخول اقتضاء وقبل الدخول استعارة واما
الفصل الثاني فهو من الخواص لانه قال في الاصل اذا قال اعتدي اعتدي وهو ينوي تطليقة
واحدة بهن جميعا فهي كذلك فيما بينه وبين الله تعالى واما في القضا ففي ثلاثة اوجه ما ذكر في الاصل
انه لما نوى بهن جميعا طلقة واحدة فقد نوى بكل واحدة ثلث طلقة والطلاق لا يتجزى فيتكامل
ولكنه يحتمل الاخبار عن كونها طالقا بالاولى والله تعالى مطلع على الضماير فيصدق ديانة والوجه
ما ذكر في الجامع الصغير انه لما نوى بالاولى الطلاق ولم ينو بالثانية والثالثة شيئا كان ذكرهما
عند مذاكرة الطلاق فيقعن جميعا بدلالة الحال لانها مدخولة بخلاف ما اذا لم ينو اصلا حيث
لا يقع شيء لعدم النية وعدم دلالة الحال وبخلاف ما اذا نوى الطلاق بالاخيرة دون الاوليين
حيث لا يقع الا الواحدة لعدم دلالة الحال عند ذكر الاوليين لان الحال لم تكن حال مذاكرة
الطلاق حينئذ اعلم ان هذه المسئلة على وجوه احدها ان يقول لم انو بشيء من هذه الالفاظ
الطلاق فيكون القول قوله لانه لو ذكر هذه اللفظة مرة واحدة وقال لم انو به الطلاق
كان القول قوله فكذلك اذا كررها والثاني ان يقول نويت بالاولى الطلاق ولم انو بالباقيتين
شيئا او يقول نويت بالاولى والثانية الطلاق ولم انو بالثالثة شيئا او يقول نويت بالكل
كلها الطلاق فتطلق ثلاثا في هذه الوجوه الثلاث لانه لما نوى بالاولى الطلاق فقد صار الحال

حال مذاكرة الطلاق فيكون الثانية والثالثة طلاقا نوى بهما الطلاق او لم ينو والواقع بهذا اللفظ
رجعي والرجعي يلحق الرجعي والخامس ان يقول نويت بالاولى الطلاق وبالباقيتين الحيض فهو
مدين في القضاء لانه لما وقع الطلاق باللفظ الاول فقد جاء اوان الاعتداد بالحيض فكان الظاهر
شاهدا له فيما نوى فيكون مدينا في القضاء والسادس ان يقول نويت بالاولى والثانية الطلاق
وبالثالثة الحيض فيكون مدينا ايضا في القضاء وتطلق ثنتين لما قلنا والسابع ان يقول نويت
بالاولى الطلاق ولم انو بالثانية شيئا ونويت بالثالثة الحيض او يقول نويت بالاولى الطلاق
وبالثانية الحيض ولم انو بالثالثة شيئا فتطلق ثنتين في هذين الوجهين لانه لما صار الحال
مذاكرة الطلاق فكل لفظ لم ينو فيه شيئا فهو طلاق وان قال لم انو بالاولى والثانية شيئا
ونويت بالثالثة الطلاق فهي طالق واحدة لانه لم يكن الحال حال مذاكرة الطلاق عند اللفظة
الاولى والثانية فلا يقع شيء وانما يقع باللفظة الثالثة لنيته وكذلك ان قال لم انو بالاولى شيئا ونويت
بالثانية الطلاق وبالثالثة الحيض فهي طالق واحدة وان قال لم انو بالاولى شيئا ونويت بالثانية
الطلاق ولم انو بالثالثة شيئا فهي طالق ثنتين لانه لم يكن الحال حال مذاكرة الطلاق عند الكلمة
الاولى فلا يقع بها شيء وقد نوى الطلاق بالكلمة الثانية وقد صار الحال حال مذاكرة الطلاق فتطلق
بها وبالكلمة الثالثة اذا لم ينو بها شيئا كذا ذكر شمس الائمة السرخسي في شرح الجامع الصغير **قوله**
وفي كل موضع يصدق الزوج على نفي النية انما يصدق مع اليمين لانه امين في الاخبار عما في ضميره
والقول قول الامين مع اليمين اما الدليل على كونه امينا فتصديقه عند عدم مذاكرة الطلاق
فلو لم يكن امينا لم يصدق واما اشتراط اليمين فلان الحي في قوله الزاما على الغير وفيه ضعف
فاحتيج الى المؤكد وهو اليمين **باب تفويض الطلاق** لما فرغ
من بيان مباشرة الانسان الطلاق بنفسه شرع في بيانها بغيره لان الاصل ان يتصرف الانسان
بنفسه وقدم فصل الاختيار على فصل الامر باليد والمشيئة لان ذلك مؤيد باجماع الصحابة
رضي الله عنهم **فصل في الاختيار** **قوله** واذا قال لامرأته اختاري ينوي
بذلك الطلاق او قال لها طلقي نفسك فلها ان تطلق نفسها ما دامت في مجلسها ذلك فان قامت منه
او اخذت في عمل آخر خرج الامر من يدها وهذه من مسائل القدوري اعلم ان القياس ان لا
يقع الطلاق اذا اختارت نفسها وان نوى الزوج ذلك لان الزوج لا يملك ايقاع الطلاق بهذا
اللفظ بنفسه فكان ينبغي ان لا يملك التفويض الى غيره ولهذا لو قال اخترتك من نفسي او اخترت
نفسي منك لا يقع الطلاق ولكنا تركنا القياس بما روى محمد بن الحسن رحمه الله في الاصل وقال
بلغنا عن عمر وعثمان وعلي وابن مسعود وجابر رضي الله عنهم في الرجل يخير امرأته ان لها الخيار
ما دامت في مجلسها ذلك فاذا قامت من مجلسها فلا خيار لها وقد صح في الصحيح البخاري والسنن وغيرهما
مسندا الى مسروق عن عائشة رضي الله عنها قالت خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخترنا
الله ورسوله فلو كان التخيير لا يقع به الفرقة لم يكن له معنى وانما اقتصر الخيار على المجلس لما
روينا عن الصحابة رضي الله عنهم ولانه تمليك والتمليكات تقتصر على المجلس اصله خيار القبول
في البيع لانه خيار طارئ على النكاح فصار كخيار المعتقة فاقتصر على المجلس فلما كان كذلك
اذا قامت واخذت في عمل آخر بطل خيارها لوجود دليل الاعراض وذلك لان المجلس قد
يتبدل بالقيام وقد يتبدل بالاخذ في عمل آخر لان المجلس قد يكون مجلس المناظرة ثم ينقلب
فيكون مجلس الاكل اذا اشتغلوا به ثم ينقلب فيكون مجلس القتال اذا اقتتلوا بخلاف

الصرف والسلم فان ثمة لا يبطل العقد بالقيام او بالاخذ في عمل آخر لان المفسد هو الافتراق عن غير
قبض لا القيام الذي هو دليل الاعراض ولا الاخذ في عمل آخر قال في شرح الاقطع هذا كله اذا كانت
في المجلس فان كانت غائبة ولم تعلم ما جعل اليها فهو على وجهين ان اطلق ذلك فهو على المجلس الذي تعلم
فيه وذلك لانه لم يخص التفويض بوقت دون وقت فاذا علمت فكانه فوض اليها في ذلك الوقت فيقف
على المجلس واما اذا كان جعل الامر اليها موقتا بوقت فان بلغها مع بقاء شيء من الوقت فلها الخيار في بقية
الوقت وان مضى الوقت قبل ان تعلم بطل ما جعل اليها بمضي الوقت **قوله** لان ساعات المجلس
اعتبرت ساعة واحدة وذلك لدفع الضرورة كذا قال الحاكم الشهيد في الكافي واذا خير الرجل امرأته
فلها الخيار في ذلك المجلس وان تطاول يوما او اكثر **قوله** لا بد من النية في قوله اختاري اي
لا بد من نية الطلاق لان الاختيار يحتمل وجوها اخر سوى اختيار النفس بان يريد اختاري
الكسوة او النفقة او الدار للسكنى فلا بد من نية الطلاق ليزول الاحتمال قال في الشامل فان خيرها ثم
قال ما اردت الطلاق يقبل قوله مع يمينه لانه ليس بصريح وقال في الشامل ايضا خيرها فاكلت
طعاما او امتشطت او اقامها الزوج بيده يبطل خيارها ولو لبست ثوبا او شربت الماء لا يبطل لان
المشتغل بشيء لا يشتغل بالطعام وغيره الا بالاعراض عنه بخلاف شرب الماء لانه ربما يكون العطش
مستوليا على وجه لا يمكنها ان تتامل وكذلك قد تلبس الثوب لتدعو شهودا واما اذا اقامها الزوج
يمكنها ان تتدارك في القيام او تختار نفسها **قوله** فان اختارت نفسها في قوله اختاري كانت واحدة
بائنة والقياس ان لا يقع وان نوى الزوج الطلاق وجه القياس ما بينا ان الزوج لا يملك الايقاع
بهذا اللفظ فلا يملك التفويض ووجه الاستحسان اجماع الصحابة على وقوع الطلاق الا انهم
اختلفوا ان الواقع بائن او رجعي اذا اختارت نفسها وبيانه فيما اثبته ابو عيسى الترمذي في جامعه
فقال اختلف اهل العلم في الخيار فروي عن عمر وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهما انهما قالا ان اختارت
نفسها فواحدة بائنة وروي عنهما انهما قالا ايضا واحدة يملك الرجعة وان اختارت زوجها فلا شيء
وروي عن علي رضي الله عنه انه قال ان اختارت نفسها فواحدة بائنة وان اختارت زوجها فواحدة
يملك الرجعة وقال زيد بن ثابت ان اختارت زوجها فواحدة وان اختارت نفسها فثلاث ثم اصحابنا
رحمهم الله قالوا اذا اختارت نفسها فواحدة بائنة عملا بما روي عن عمر وعبد الله بن مسعود
وقالوا اذا اختارت زوجها فلا يقع شيء عملا بما روي عنهما ايضا وانما رجحوا قولهما فيما اذا اختارت
زوجها لما روي في الصحيح البخاري مسندا الى عائشة رضي الله عنها قالت خيرنا النبي صلى الله عليه
وسلم فاخترنا الله ورسوله فلم يعد ذلك علينا شيئا وهذا مما اتفق عليه البخاري ومسلم وانما رجحوا
قولهما فيما اذا اختارت نفسها لان اختيارها نفسها انما يكون اذا كانت مالكة امر نفسها وذلك
لا يتحقق الا اذا زال ملكه ولا يزول ملكه عنها الا بالبائن ولا يقع الثلاث وان نوى الزوج ذلك
لان اختيارها نفسها لا يتنوع هكذا عللوا ولنا فيه نظر لما يجيء بخلاف قوله انت بائن فانه اذا
نوى الثلاث وقعت الثلاث لانه نوى احد نوعي البينونة ولانه خيار طارئ على النكاح فيقع
به الواحدة البائنة كخيار المعتقة ولا يصح نية العدد وقول سفيان الثوري مثل قول اصحابنا
رضي الله عنهم وقال مالك في الموطأ ان خيرها زوجها فقالت قد قبلت واحدة فقد طلقت
ثلاثا ثم قال وذلك احسن ما سمعت **قوله** في حق هذا الحكم اراد به حكم اسناد امر النكاح
وحكم مفارقتها **قوله** بثبوت اختصاصها به اي اختصاص المرأة بنفسها وذلك اي ثبوت
اختصاصها **قوله** ولا بد من ذكر النفس في كلامه او كلامها وهذا ايضا لفظ القدوري

وانما اشترط ذكر النفس في احد الكلامين لانه اذا قال لها اختاري فقالت اخترت لا يقع شيء هكذا
ذكر شمس الائمة السرخسي والبيهقي وذاك لانه اذا لم يذكر النفس لا يكون للتخيير ولا للاختيار تخصيص
بها فلا يزول الابهام والطلاق لا يقع بمجرد النية اذا لم يكن في الملفوظ ما يدل عليه بخلاف ما اذا
قال لها اختاري نفسك فقالت اخترت او قال لها اختاري فقالت اخترت نفسي حيث يقع الطلاق فاذا
وجدت النية لوجود التنصيص على التحقيق وقال في الشامل قال اختاري ثم ابانها فقالت اخترت
نفسي لا يقع لان المبانة لا تبان **قوله** لانه عرف باجماع الصحابة رضي الله عنهم اي لان وقوع
الطلاق بلفظ الاختيار عرف باجماع الصحابة على ذلك بخلاف القياس **قوله** وهو في المفسرة
اي وقوع الطلاق بلفظ الاختيار باجماع الصحابة في اللفظة المفسرة من احد الجانبين لا في
اللفظة المبهمة من الجانبين جميعا **قوله** ولان المبهم لا يصلح تفسيرا للمبهم اي قولها اخترت
لا يصلح تفسيرا لقوله اختاري لان كل واحد منهما مبهم ليس فيه ذكر النفس فلا يتعين الطلاق مع
وجود الابهام في الجانبين **قوله** جوابا له اي لكلام الزوج **قوله** فيتضمن اعادته
اي يتضمن كلام اعادة كلام الزوج لان الجواب يتضمن اعادة ما في السؤال **قوله** وكذا لو قال
اختاري اختيارة فقالت قد اخترت اي يقع الواحدة البائنة وان لم يذكر النفس في احد الجانبين
لان الاختيارة لما ذكر فيها الوحدة دلت على اختيار النفس وذاك لما قال فخر الاسلام البزدوي وغيره
في شروح الجامع الصغير ان اختيارها نفسها هو الذي يتفرد ويتعدد فاما اختيارها زوجها فلا
وهذا صحيح فانه ربما يتفرد اختيارها نفسها بان يكون ذلك بطلاق واحد ويتعدد ايضا بان يكون
بتطليقات ولكن يتناقض هذا بما ذكر قبل هذا بقوله فلا يكون ثلاثا وان نوى الزوج ذلك
لان الاختيار لا يتنوع بيان التناقض انه اثبت هنا في اختيارها نفسها التفرد والتعدد ولا يكون
التفرد والتعدد في اختيارها نفسها الا اذا كان الاختيار متنوعا وقد نفى التنوع ثمه بقوله لان
الاختيار لا يتنوع ولئن قال قايل لا يثبت التناقض لان الاختيار هنا غير الاختيار ثمه لان الاختيار
هنا اختيارها نفسها وثمه يجوز ان يكون اختيارها زوجها قلت مثل هذا الكلام لا يقع الا ممن ليس
له لب فكيف يقال ذلك وقد نادى المصنف باعلى صوته الواقع بها بائن فلا يكون ثلاثا وان نوى
الزوج وانما يكون الوقوع اذا اختارت نفسها لا اذا اختارت زوجها فعلم ان المراد من الاختيار
في الموضعين هو اختيارها نفسها وقد اثبت فيه التنوع في هذا المقام ونفي ثمه فثبت التناقض
قوله فصار مفسرا من جانبه اي من جانب الزوج يعني صار قول الزوج اختاري مفسرا من
جانبه بذكر الاختيارة **قوله** ولو قال اختاري فقالت اخترت نفسي يقع الطلاق اذا نوى
الزوج وقد مر بانه قال بعضهم في شرحه اذا قال اختاري فقالت اخترت نفسي يشترط
نية الطلاق اما اذا قال اختاري نفسك فقالت اخترت يقع الطلاق بدون النية وذلك خلاف
الرواية والتحقيق اما الاول فلان شمس الائمة السرخسي رحمه الله اشترط النية في الموضعين في
المبسوط وكذا صرح العتابي في شرح الجامع الصغير اشتراط النية فيهما واما الثاني فلان قوله
اختاري ليس بصريح في الطلاق وما ليس بصريح فيه فكيف لا يشترط النية فيه **قوله**
وما نواه الزوج من محتملات كلامه اي الذي نواه الزوج وهو الطلاق من محتملات كلام الزوج
لان كلامه وهو قوله اختاري يحتمل الطلاق بان يكون مراده اختيار النفس **قوله**
ولو قال اختاري فقالت انا اختار نفسي فهي طالق وهذه من مسايل الجامع الصغير المعادة
وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل يقول لامراته اختاري

فتقول انا اختار نفسي قال هي طالق وذكر في الاصل القياس والاستحسان فقال لم تطلق
في القياس ولكنا نستحسن فنوقع الطلاق عليها وجه القياس ان قول المراة اختار نفسي مجرد
وعد اذا كان مرادها بهذا الكلام الاستقبال وهو يحتمل الوعد لان الصيغة مشتركة بين الحال
والاستقبال فلا يقع الطلاق بالوعد والاحتمال الا ترى اذا قال لها طلقي نفسك فقالت اطلق
لا يقع الطلاق قياسا واستحسانا ووجه الاستحسان ان قولها اختار وان كان وعدا صورة فانه
جعل ايجابا تحقيقا بمعنى بدلالة الشرع والعرف اما الاول فان قوله تعالى يا ايها النبي قل لازواجك
ان كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين امتعكن واسرحكن سراحا جميلا لما نزل بدا رسول
الله صلى الله عليه وسلم بعايشة رضي الله عنها فقال اني اخبرك بامر فلا تجيبيني حتى تستامري
ابو بكر ثم اخبرها بالاية فقالت افي هذا استامر ابوي لا بل اختار الله ورسوله فجعل رسول
الله صلى الله عليه وسلم ذلك منها ايجابا وتحقيقا بمنزلة قولها اخترت فكذا فيما نحن فيه واما
الثاني فان لفظ المضارع وان كان مشتركا بين الحال والاستقبال صالحا لهما جميعا على سبيل البدل
يراد به الحال عرفا اذا كان حكاية عن امر قايم وهي ثابتة كقول المؤذن اشهد ان لا اله الا
الله لان التصديق امر قايم بالقلب وكقول الشاهد اشهد لانه حكاية عن امر قايم ايضا وكذا
قول الرجل انا اعتقد الاسلام فكذا قولها اختار حكاية عن امر قايم لان الاختيار عمل القلب
وذلك امر محقق فيه بخلاف قولها اطلق لانه ليس بحكاية عن امر قايم وانما يثبت الطلاق لو
ثبت لهذه الصيغة نفسها فلم يوجد الدليل على ترجح الحال فلم يقع الطلاق فلهذا اخذ بالقياس
قوله ولان هذه الصيغة حقيقة في الحال وتجوز في الاستقبال يعني ان صيغة المضارع
حقيقة في الحال ومجاز في الاستقبال وفيه نظر لان اهل اللغة قالوا ان صيغة المضارع
مشتركة بين الحال والاستقبال وكلامهم فيما يتعلق بالوضع حجة والمشتركة يدل على المعنيين
جميعا بسبيل الحقيقة لكن يترجح احد المعنيين بالدليل وقد دل على ارادة الحال فيما نحن فيه على
ما حققناه انفا **قوله** عن حالة قايمة اي ثابتة **قوله** ولو قال لها اختاري اختاري
اختاري فقالت اخترت الاولى او الوسطى او الاخيرة طلقت ثلاثا في قول ابي حنيفة رضي الله
عنه ولا يحتاج الى نية الزوج وقالا تطلق واحدة وهذه من معادة الجامع الصغير وصورتها
فيه قال ولو قال اختاري اختاري اختاري فقالت اخترت الاولى او الوسطى او الاخيرة فهي
ثلاث وقال ابو يوسف ومحمد هي واحدة بائنة الا ان يقول اخترت اختيارة قال صاحب
الهداية وانما لا يحتاج الى النية لدلالة التكرار عليه اي على الطلاق بانه ان الاختيار في حق
الطلاق هو الذي يتكرر واختيارها زوجها لا يتكرر فصار تكرار الاختيار دليلا على ارادة
الطلاق وفيه نظر لان محمدا رحمه الله لم يتعرض لعدم الاحتياج الى النية لا في المبسوط ولا
في اصل الجامع الصغير ولهذا لم يذكره فخر الاسلام البزدوي في شرحه للجامع الصغير
وكذا لم يذكر صاحب المختلف وانما ذكره الصدر الشهيد والعتابي في شرحيهما للجامع الصغير
والظاهر ان النية شرط لان الاختيار ليس من الفاظ الصريح والتكرار لا يدل على الطلاق لانه
قد يكون للتاكيد ولهذا اشترط النية في الجامع الكبير مصرحا وابا المعين النسفي وغيره
صرحوا باشتراط النية في شروح الجامع الكبير مع وجود تكرار الاختيار ثم اعلم انه اذا قال
لها اختاري وكرر ثلاثا فقالت اخترت نفسي اختيارة او باختيارة او اخترت نفسي مرة او دفعة
او واحدة او بواحدة او قالت قد اخترت نفسي يقع الثلاث بالاتفاق اما اذا قالت اخترت

الاولى او الوسطى او الاخيرة او اخترت نفسي بالاولى اما بالوسطى او بالاخيرة فهي طالق ثلاثا في قول ابي
حنيفة رضي الله عنه وقالا هي طالق واحدة بائنة لهما ان قولها الاولى او الوسطى او الاخيرة يفيد شيئين
الترتيب والافراد ويمكن اعتبار الافراد دون الترتيب فصح الافراد وبطل الترتيب فصار كانها قالت
اخترت تطليقة واحدة او اخترت التطليقة الاولى ولابي حنيفة رضي الله عنه وجهان احدهما
ان قولها الاولى او الوسطى او الاخيرة نعت مونث محذوف فيقدر الموصوف المحذوف على حسب دلالة
الحال فصار كانها قالت اخترت الاختيارة الاولى او المرة الاولى فلو صرحت بذلك كانت طالقا ثلاثا فكذا
هنا والثاني انها اتت بالترتيب فيما لا يليق به الترتيب فيلغو ذكر الترتيب فبقي قولها اخترت فيقع الثلاث
وذلك لان المراة انما تصرفت في الطلاق بحكم التمليك لان الزوج ملكها ثلاث تطليقات بالتفويضات
الثلاث والمجتمع في الملك لا يترتب فيه كالمجتمع في المكان والزمان فيلغو ذكر الترتيب الا ترى انه
لا يقال اذا جعلت الثلاثة في الكيس هذا اول وهذا اوسط وهذا اخر فكذا هنا بخلاف قولها
اخترت التطليقة الاولى فان ثمة يلغو ذكر الاولى ايضا لبطلان الترتيب فيبقى ذكر التطليقة فيقع
واحدة وساق في هذه المسئلة شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي سوالا وجوابا فقال فان
قيل كان ينبغي ان لا يقع ههنا شيء لانه لما لغا ذكر الترتيب بقي قولها اخترت وقد بينا ان بهذا اللفظ ٢
لا يقع الطلاق ما لم تقل اخترت نفسي قلنا هذا اذا لم يكن في لفظ الزوج ما يدل على تخصيص
الطلاق وههنا في لفظه ما يدل على ذلك وهو اختاري ثلاث مرات فان الطلاق هو المحصور
بعدد الثلاث وقال في الشامل قال لها اختاري اختاري اختاري فاختارت نفسها فقال نويت
بالاول الطلاق وبالثاني والثالث التاكيد والافهام لا يصدق قضاء لانه اقر بانه اراد بالاول
الطلاق وفي حال مذاكرة الطلاق لا يصدق في خلافه **قوله** وما يجري مجراه اراد به الوسطى
والاخيرة والضمير في مجراه راجع الى ذكر الاولى **قوله** فيما يفيد اي في الافراد **قوله** لان
الكلام للترتيب والافراد من ضروراته بيانه ان الاولى والوسطى والاخيرة كل واحدة منها
للترتيب لان الاولى تانيث الاول وهو اسم لفرد متوسط بين شيئين وبه يحصل الترتيب والاخيرة
تانيث الاخير وهو اسم لفرد قبله شيء ولكن ليس بعده شيء فيحصل الترتيب ثم الافراد من ضرورات
الكلام لان الصيغة صيغة فرد كما بينا فلما لغا كلامه في حق الاصل وهو الترتيب لغا في حق البناء وهو
الافراد وانما جعل الترتيب اصلا لانه هو المقصود من ذكر الكلام لا بيان الافراد واراد صاحب
الهداية بالكلام غير المقيد وهو قولها الاولى او الوسطى او الاخيرة على ما عليه اهل اللغة لانهم
يطلقونه على المقيد وغير المقيد اما اهل النحو فلا يطلقونه الا على المقيد **قوله** ولو قالت
اخترت اختيارة فهي ثلاث في قولهم جميعا لانها للمرة يعني اذا قالت المراة اخترت اختيارة
في جواب قول الرجل اختاري اختاري اختاري يقع الثلاث بالاتفاق لان الاختيارة
تدل على المرة فلو صرحت بالمرة وقالت اخترت نفسي مرة او مرة في جواب اختاري ثلاث
مرات يقع الثلاث هكذا اذا ذكرت اللفظة الذي يدل على المرة ولان الاختيارة للتاكيد
لكونها مصدرا مقرونا بتاء الوحدة فلو اجابت بدون التاكيد وقالت اخترت نفسي يقع الثلاث
فمعه اولى وهذا لان المصدر لا يذكر مع الفعل الا للتاكيد كما في قولك ضربت ضربا
قوله ولو قالت قد طلقت نفسي او اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة تملك الرجعة لان
هذا اللفظ يوجب الطلاق بعد انقضاء العدة فكانها اختارت نفسها بعد العدة واشار بقوله
هذا اللفظ الى قولها طلقت نفسي والى قولها بتطليقة لان الطلاق وما يشتق منه صريح في

الطلاق

الطلاق فيعقب الرجعة وهكذا وقع في بعض نسخ الجامع الصغير وقال الصدر الشهيد في
واحدة بائنة وما وقع في بعض النسخ فهو غلط وقع من الكاتب فاقول ما قاله الصدر الشهيد
فهو يجره الى ما ذكر في الجامع الكبير وان قالت اخترت بتطليقة او طلقت نفسي واحدة
يقع واحدة بائنة وهكذا ذكر الحاكم الشهيد في الكافي وشمس الائمة السرخسي في مبسوطه وهو
شرح الكافي فقالا اذا قال اختاري فقالت قد طلقت نفسي طلقت واحدة بائنة وقال البيهقي
قال اختاري فقالت طلقت نفسي يقع بائنة وقال العتابي في شرح الجامع الصغير لو قالت
طلقت نفسي بواحدة او اخترت نفسي بتطليقة يقع واحدة بائنة وعلل وقال لانها ملكت
ايقاع الثلاث بالتفويض فتملك ايقاع الواحدة وانها بائنة لان الزوج خيرها في نفسها واختيارها
نفسها يحصل بالبائن لا بالرجعي الا اذا صرح الزوج بالطلاق الرجعي بان قال اختاري نفسك
بتطليقة او قال امرك بيدك في تطليقة واختارت نفسها يقع واحدة رجعية لان الزوج
صرح على الطلاق الرجعي في التفويض فكان المفوض اليها صريح الطلاق وانه رجعي بالنص
وقد صرح بالبائن ايضا في شرح الطحاوي اذا قالت طلقت نفسي في جواب قول الرجل اختاري
وكذا ذكر الولوالجي ايضا في فتاواه فعلم ان ما وقع في بعض النسخ من ملك الرجعة سهو من
الكاتب وكانه كان فهي واحدة لا يملك الرجعة فسقط حرف النفي سهوا **قوله** وان قال
لها امرك بيدك في تطليقة او اختاري بتطليقة فاختارت نفسها فهي واحدة يملك الرجعة
وهذه من مسائل الجامع الصغير والمسئلة الثانية من الخواص ووجهه ان المراة انما تتصرف
في الطلاق بحكم التفويض من الزوج وقد نص الزوج في التفويض على الرجعي بذكر الصريح
فيقع الرجعي وقال في المبسوط لو قال لها طلقي نفسك فقالت قد اخترت نفسي كان باطلا
لان لفظ الاختيار اضعف من لفظ الطلاق الا ترى ان الزوج يملك الايقاع بلفظ الطلاق
دون لفظ الاختيار وما للاضعف لا يصلح جوابا للاقوى والاقوى يصلح جوابا للاضعف

فصل في الامر باليد

قوله وان قال لها امرك
بيدك ينوي ثلاثا فقالت اخترت نفسي بواحدة فهي ثلاث وهذه من مسائل الجامع الصغير
وفي بعض النسخ قد اخترت نفسي بواحدة اعني بزيادة قد وذلك لان الاختيار جعل جوابا
للتمليك باجماع الصحابة والامر باليد تمليك فيقع الاختيار جوابا له اما وقوع الثلاث
فلان قولها بواحدة نعت فلا بد من ان يقدر لها موصوف وهو هنا الاختيارة لدلالة
سياق الكلام فصار كانها قالت اخترت نفسي باختيارة واحدة فلو صرحت بها يقع الثلاث
فكذا هنا اما اذا قالت المراة في جواب قول الرجل امرك بيدك ينوي ثلاثا قد طلقت نفسي
بواحدة او اخترت نفسي بتطليقة يقع الواحدة البائنة وذلك لان قولها بواحدة يقتضي
موصوفا محذوفا وهو التطليقة او الطلقة هنا لدلالة الفعل السابق عليها فيقع الواحدة
لانها لما ملكت الثلاث بالتفويض ملكت الواحدة لكن يقع البائن لان المفوض اليها بائن لا
رجعي **قوله** وهو في الاولى الاختيارة اي المصدر المحذوف في الصورة الاولى او
في المسئلة الاولى هو الاختيارة وانما قال هو لان الضمير راجع الى المصدر واراد بالاولى
قولها اخترت نفسي بواحدة اي باختيارة واحدة **قوله** وفي الثانية التطليقة اي
المصدر المحذوف في الصورة الثانية او في ~~الثالثة~~ المسئلة الثانية التطليقة واراد
بالثانية قولها قد طلقت نفسي بواحدة اي بتطليقة واحدة **قوله** جوابا له اي للتفويض

او لكلام الزوج قوله فتصير الصفة المذكورة في التفويض مذكورة في الايقاع اي تصير الصفة المذكورة تقديرا وهي البينونة في تفويض الزوج مذكورة في ايقاع المراة وذلك لان الامر باليد من الكنايات وهي موجبة للبينونة سوى الالفاظ الثلاثة التي عرفت فيكون البينونة في الامر باليد مذكورة تقديرا فيقع البائن لانها تصرفت بحكم التفويض قوله وانما يصح نية الثلاث في قوله امرك بيدك لانه يحتمل العموم والخصوص ونية الثلاث نية التعميم هذا لبيان الفرق بين الامر باليد والاختيار حيث يصح في الاول نية الثلاث لاحتمال العموم والخصوص بان يراد امرك بيدك في تطليقة او في ثلاث ولا تصح في الثاني لعدم احتمال العموم قال وقد حققناه من قبل اراد به ما ذكره في فصل الاختيار بقوله لان الاختيار لا يتنوع ولنا فيه نظر ذكرناه في ذلك الفصل وفرق في الايضاح بين الامر باليد اذا نوى صح وفي التخيير لا يقع الا واحدة قال والقياس ان لا يقع بالتخيير شيء وان اختارت لان اختيار الشيء لا يدل على الايقاع وانما ثبت بالاجماع والاجماع انعقد في الطلقة الواحدة فما عدا ذلك بقي على الاصل ولنا في دعوى الاجماع نظر لان في الواقع خلافا بين الصحابة وقد مر فلو قال انما لم يقع الا واحدة لقول عمر وابن مسعود كان اولى قوله ولو قال لها امرك بيدك اليوم وبعد غد لم يدخل فيه الليل وان ردت الامر في يومها بطل امر ذلك اليوم وكان الامر بيدها بعد غد وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة وفيه خلاف زفر فعنده اذا ردت الامر في اليوم لا يبقى الامر بيدها فيما بعد الغد ايضا لان الامر الواحد اضيف الى وقتين فاذا ردت ذلك في احد الوقتين خرج الامر من يدها كما اذا قال لها امرك بيدك اليوم وغدا وكما اذا قال لها انت طالق اليوم وبعد غد تكون طالقا واحدة لا ثنتين فكذا هنا يكون الامر واحدا لا امرين ولنا انه لما ذكر بين الوقتين وقتا فاصلا لم يتناوله الامر دل على تجدد الامر فكان ذلك امرين الا ترى انه اذا انقضى اليوم الاول خرج الامر من يدها الى ان يجيء بعد الغد فثبت ان بينهما وقتا فاصلا فاذا ردت الامر في اليوم لا يكون ذلك ردا فيما بعد غد ولا يدخل الليل في الامر لان بعد غد افرد في الذكر واليوم الواحد لا يتناول ليلته بخلاف ما اذا قال امرك بيدك اليوم وغدا حيث يكون امرا واحدا لعدم دليل تجدد الامر وهو الوقت الفاصل فصار ذكر الغد لامتداد الامر ودخل الليل في الامر لان الليل المتوسط يدخل تحت الامر فاذا ردت الامر في اليوم يكون ذلك ردا في الغد ايضا وبخلاف ما اذا قال انت طالق اليوم وبعد غد فان الفرق بين الامر المضاف الى الوقتين والطلاق المضاف الى الوقتين ظاهر لان الطلاق لا يتوقت والامر باليد يتوقت لان الطلاق الواقع في اليوم يكون واقعا فيما بعد الغد ايضا بخلاف ما اذا وقت الامر باليوم حيث لا يبقى بعد مضي اليوم فلما ذكر بعد الغد علم تجدد الامر على انا نقول قال الشيخ ابو المعين النسفي رحمه الله في شرح الجامع الكبير ذكر ابراهيم بن رستم انه لو قال انت طالق اليوم وغدا طلقت واحدة ولو قال انت طالق اليوم وبعد غد طلقت طلاقين فعلى هذه الرواية لا يصح قياس زفر مسئلة الامر باليد على مسئلة الطلاق قوله وان ردت الامر بان قالت لزوجها اخترتك او قالت اخترت زوجي قوله فكانا امرين اي كان قوله اليوم وقوله وبعد غد امرين قوله فيتوقت الامر بالاول اي يكون الامر موقتا بالوقت الاول وهو اليوم حتى يخرج ذلك الامر من يدها بمجيء الليل وجعل الثاني اي الوقت الثاني وهو قوله وبعد غد امرا اخر مبتدا قوله وقد يهجم الليل اي يدخل من قولك هجمت على القوم

اذا دخلت عليهم كذا في الجمهرة قوله وعن ابي حنيفة رضي الله عنه انها اذا ردت الامر في اليوم لها ان تختار نفسها غدا يعني في قوله امرك بيدك اليوم وغدا رواه ابو يوسف عن ابي حنيفة في الامالي كذا قال شمس الائمة السرخسي في المبسوط ووجه ذلك ان المراة لا تملك رد الامر كما لا تملك رد الايقاع بيانه ان الزوج لو قال لها طلقتك يقع الطلاق ولا تملك المراة رد الايقاع فكذا لا تملك رد الامر باليد ووجه الظاهر انها خيرت بين شيئين اختيارها نفسها واختيارها زوجها فاذا اختارت نفسها اليوم يخرج الخيار من يدها في الغد وليس لها ان تختار زوجها في الغد فكذا اذا اختارت زوجها في اليوم ليس لها ان تختار نفسها في الغد لان الخيار خرج من يدها في الغد وهذا لان المخير بين شيئين لا يملكهما جميعا بل يملك احدهما فافهم قوله وعن ابي يوسف انه اذا قال امرك بيدك غدا انهما امران ذكر هذه الرواية ابو يوسف في الاملا كذا قال الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير حتى اذا ردت الامر اليوم كان لها ان تختار نفسها غدا ووجه ذلك ان التكرار في الاخبار دليل على عدم الشركة كما اذا قال زينب طالق ثلاثا وعاتبة واحدة قوله بخلاف ما تقدم اراد به قوله امرك بيدك اليوم وغدا يعني ان التكرار في الاخبار لم يوجد فلم يتجدد الامر قوله وان قال امرك بيدك يوم يقدم فلان فلم تعلم بقدومه حتى جن الليل فلا خيار لها وهذه من مسائل الجامع الصغير وانما لم يكن لها خيار لذهاب وقت الخيار بمجيء الليل وقد اسبقنا تحقيقه في اخر فصل في اضافة الطلاق الى الزمان يقال جن عليه الليل وجنه جنا وجنونا قال دريد بن الصمة ولولا جنان الليل ادرك ركضنا بذي الرمث والارطى عياض بن ناشب قوله فيتوقت به اي يتوقت الامر باليد ببياض النهار قوله واذا جعل امرها بيدها او خيرها فمكثت يوما لم تقم فالامر في يدها ما لم تاخذ في عمل اخر وهذه مسئلة الجامع الصغير يعني اذا قال لها امرك بيدك او قال لها اختاري نفسك فلها الخيار في المجلس ما لم يوجد منها عمل هو دليل الاعراض لان المخيرة لها المجلس باجماع الصحابة وقد حققناه في اول باب تفويض الطلاق ولان قوله امرك بيدك وقوله اختاري نفسك تمليك لا انابة يد لدليل انها تعمل لنفسها لا لغيرها والتمليكات تقتصر على المجلس لما تبين في الفصل الثاني ان شاء الله تعالى والتقدير بمكث اليوم ليس بلازم بل المراد المكث الدائم اذا لم يوجد دليل الاعراض ولهذا قال الحاكم الشهيد في الكافي لها الخيار في المجلس وان تطاول يوما او اكثر قوله ثم ان كانت تسمع يعتبر مجلسها ذلك وان كانت لا تسمع فمجلس علمها وبلوغ الخبر اليها يعني هذا الذي ذكرنا فيما اذا كانت المراة حاضرة تسمع فيعتبر مجلسها اما اذا كانت غائبة لا تسمع فيعتبر حينئذ مجلس علمها لانه لم يخص وقتا دون وقت فصار كانه خيرها في ذلك الوقت ولان التخيير والامر باليد تمليك فيه معنى التعليق لانه تعليق الطلاق باختيارها نفسها فجاز ان يتوقف على ما وراء المجلس بخلاف سائر التمليكات كالبيع حيث لا يتوقف على ما وراء المجلس لانه لا يشوبه معنى التعليق حتى اذا قال احد العاقدين بعت هذا وقال الاخر بعد المجلس قبلت لا يصح وهكذا ايضا اذا وجد قبول المشتري في المجلس بعد وجود الفاصل بين الايجاب والقبول واما اذا كانت غائبة وقد جعل الامر اليها في وقت معين فان بلغها الخبر مع بقاء شيء منه كان لها الخيار والا فلا ثم الاعتبار لمجلسها لا لمجلسه حتى اذا قام الرجل بعد ان جعل الامر اليها لا يبطل خيارها بقيامه لان التعليق في حقه لازم ولهذا ليس له ان يرجع ويفسخ الخيار بخلاف باب البيع حيث يعتبر مجلسهما جميعا حتى ان ايهما قام عن المجلس قبل قبول الاخر بطل البيع لان البيع لا يحتمل التعليق اصلا ولهذا اذا رجع احدهما عن كلامه قبل

قبول الاخر فله ذلك **قوله** بيناه في الخيار وهو قوله اذا جلس الاكل عن مجلس المناظرة ومجلس
القتال عنهما **قوله** بخلاف ما اذا مكثت يجيء ان قيامها ليس لكنها في مجلسها فذاك دليل الاعراض
وهذا لا لوجود دليل تفويض الراي في الاول دون الثاني قال الحاكم الجليل وكان القياس ان يكون
لها الخيار ابدا ولكنا تركناه واخذناه بالاثر وجه القياس اطلاق الامر ووجه الاستحسان ان اجماع
الصحابة بقولهم للمخيرة المجلس ولانه خيار طارئ على النكاح فتوقت بالمجلس كخيار المعتقة فان
قلت ان النبي صلى الله عليه وسلم لم يقيد الخيار بالمجلس لانه
قال لعائشة فلا تعجلي حتى تستشيري ابويك وهذا لان الاستشارة معهما لا تكون الا بعد المجيء
اليهما قلت لا شك ان اجماع الصحابة حجة ونحن نلقينا امور الدين منهم
وقول الرسول ليس فيه دلالة على عدم التقييد بالمجلس وذلك لان الاب يجيء الى البنت عادة
لان خروج البنت حرام او نقول ولئن سلمنا على عدم التقييد لان النبي صلى الله عليه وسلم اثبت
لها الخيار ممتدا او له ولاية ان يشرع الحكم مطلقا ومقيدا وكانت عائشة مخصوصة بامتداد
الخيار الى الاستشارة فلا يرد علينا **قوله** وقوله مكثت يوما ليس للتقدير به اي قول محمد في
الجامع الصغير مكثت يوما ليس لتقدير الخيار باليوم بل المراد منه المكث الدائم سوا كان قليلا
او كثيرا اذا لم يوجد ما يدل على الاعراض **قوله** وقوله ما لم تاخذ في عمل آخر يراد به عمل يعرف
انه انقطع لما كان فيه اي قول محمد في الجامع الصغير ما لم تاخذ في عمل آخر المراد به العمل الذي
يعرف ان ذلك العمل قطع الذي كان المجلس وافعا في ذلك الشيء واللام في لما زائدة كما في قوله
تعالى ردف لكم وقال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير معناه ان لا تشتغل بشيء من اعمال
الدين والدنيا والحاصل ان ما كان دليل الاعراض يبطل الخيار وما لا فلا وجملته ما قال
في شرح الطحاوي لو اشتغلت بعمل آخر يعلم انه قطع لما كان قبله بطل الخيار ويكون اعراضا
كما اذا دعت طعاما لتاكل منه او اشتغلت بالنوم او امتشطت او اختضبت او جامعها زوجها
او خاطبت بالبيع والشرا فذلك كله اعراض ويبطل خيارها ولو اكلت طعاما يسيرا او شربت
شرابا قليلا او نامت قاعدة او لبست ثيابا من غير ان تقوم او فعلت فعلا قليلا مما يعلم ان
ذلك ليس باعراض فانه لا يبطل خيارها ولو قالت ادعوا الى ابي استشيره في ذلك او قالت
ادعوا الى شهودا اشهدهم على اختيار نفسي فهي على اختيارها ولو كانت قائمة فانتكات او قعدت
فهي على خيارها ولو كانت قاعدة فاتكات فهي على خيارها ولو اضطجعت ففي قول زفر يبطل
خيارها وعن ابي يوسف روايتان روى الحسن بن زياد عن ابي يوسف انه قال لا يبطل
خيارها وروى الحسن بن ابي مالك رحمه الله عن ابي يوسف مثل قول زفر ولو كانت
راكبة وهي واقفة او سائرة فسارت بعد الخيار بطل خيارها ولو كانت سائرة فوقفت كانت
على خيارها وكذلك حكم المحمل على هذا ولو كانت في السفينة فسارت لم يبطل خيارها وحكمها
حكم البيت في كل ما يبطل الخيار اما كانت في البيت ولو كانت قاعدة فركبت او ابتدات الصلاة
فرضا او نفلا بطل خيارها ولو خيرها وهي في الصلاة فاتمتها فان كانت في صلاة الفريضة
او في الوتر لم يبطل خيارها وان كانت في صلاة التطوع ان سلمت على راس الركعتين فهي
على خيارها وان اتمت الاربع بطل خيارها وقال شمس الائمة السرخسي رحمه الله في
المبسوط روى ابن سماعة عن محمد رحمه الله في الاربع قبل الظهر اذا كانت في الشفع
الاول حين خيرها فاتمت اربعا لم يسقط خيارها لان هذه الاربع تؤدى بتسليمة واحدة

عادة **قوله** قال وهذه رواية الجامع الصغير اي قال صاحب الهداية هذا الذي قلنا
من كونها على خيارها فيهما اذا كانت قاعدة فان كانت رواية الجامع الصغير وذلك لان
التكاة نوع جلسة فكانها كانت متربعة فاحتبت او كانت محتبية فتربعت وذكر في غيره اي
في غير الجامع الصغير انها اذا كانت قاعدة فاتكات يبطل خيارها وهي رواية الاصل لان
ذلك اظهار التهاون فيما حزبها **قوله** والاول هو الاصح اي رواية الجامع الصغير اصح
من الرواية الاخرى **قوله** ففيه روايتان عن ابي يوسف وقد ذكرناهما آنفا **قوله** ولو قالت ادعوا
ابي استشيره قال فخر الاسلام البزدوي استشارة الاب من الخواص **قوله** فلا يكون دليل
الاعراض اي لا يكون الاشهاد والاستشارة دليل الاعراض لان ذلك من اسباب الاختيار **قوله**
وان كانت تسير على دابة او محمل فوقفت فهي على خيارها وان سارت بطل خيارها **قوله** فوقفت
من الخواص وذلك لان سير الدابة مضاف الى راكبها لانها تجري حسب سوق الراكب وتسيرها
دليل الاعراض بخلاف السفينة لانها كالبيت لا يجريها راكبها بل هي تجري براكبها قال تعالى وهي
تجري بهم في موج فلم يدل سير السفينة على اعراض المراة يوضحه ان جريان السفينة بالما والريح
وليس الما والريح في يد الانسان لكن كل ما يبطل الخيار في البيت يبطل الخيار في السفينة سوا
كان عمل الدنيا او عمل الدين وقد مر بيان ذلك **فصل**
في المشية مروجه المناسبة قوله ومن قال لامراته طلقي نفسك ولا نية له او نوى واحدة
فقالت طلقت نفسي فهي واحدة رجعية وان طلقت نفسها ثلاثا وقد اراد الزوج ذلك وقعن
عليها وهذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله
عنه في رجل يقول لامراته طلقي نفسك ينوي ثلاثا فقالت طلقت نفسي ثلاثا فهي ثلاث ولو
طلقت نفسها واحدة ولا نية له فهي طالق واحدة يملك الرجعة ولو نوى الواحدة فكذلك
وذلك لان قوله طلقي نفسك يدل على الطلاق لغة لانه مختصر من قوله اوقعي على نفسك الطلاق
والمختصر من الكلام والمطول سوا في اثبات الحكم فلو صرح بالطلاق يصح نية الثلاث فكذا
هنا لان هذه الصيغة تدل على الطلاق لغة بخلاف صيغة النعت وصيغة الماضي اعني اذا
قال لها انت طالق او قال طلقتك ونوى الثلاث لا يصح لانه ثابت اقتضا ضرورة صحة الكلام
لان الضرورة ترتفع بالواحدة اما اذا لم يكن له نية او نوى الواحدة فيقع الواحدة الرجعية
اما وقوع الواحدة فللمتيقن واما وقوع الرجعية فلان اللفظ صريح والصريح معقب للرجعة
فلو نوى الثنتين لا يصح ذلك لانه عدد محض لا يحتمل اللفظ ذلك بخلاف ما اذا كانت المراة امة
حيث يصح نية الثنتين لان الثنتين جنس طلاقها وصار الثنتان في حقها كالثلاث في حق الحرة
فان قلت كيف بدا المصنف مسائل الفصل بقول الرجل
لامراته طلقي نفسك والفصل في المشية وليس في طلقي نفسك ذكر المشية قلت
المشية وان كانت غير مذكورة لفظا مذكورة معنى لان قوله طلقي تفويض الطلاق اليها بمشيئتها
واختيارها ولهذا يقتصر على المجلس **قوله** اراد الزوج ذلك اشارة الى الثلاث وقعن اي
وقعن الثلاث وهو اسم جنس اي التطليق اسم جنس **قوله** ولهذا تعمل فيه نية الثلاث
اي لاجل ان التطليق اسم جنس تعمل في قوله طلقي نية الثلاث لان الجنس يقع على الادنى مع احتمال
الكل عند عدمها اي عند عدم النية **قوله** لانه جنس في حقها اي لان الثنتين جنس في حق
الامة لقوله عليه السلام طلاق الامة ثنتان وانما وجد الضمير الراجع الى الثنتين على تاويل

المذكور او الملفوظ او اللفظ اي لفظ التثنية حتى طلاق الامة **قوله** وان قال لها طلقي
نفسك فقالت ابنت نفسي طلقت ولو قالت قد اخترت لم تطلق وهما من مسائل الجامع الصغير ه
ولفظ محمد فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل يقول لامراته طلقي نفسك
فتقول ابنت نفسي قال هي طالق فلو قالت اخترت نفسي لم تطلق والمسئلة الاولى من الخواص
والفرق بين المسئلتين ان الابانة من الفاظ الطلاق ولهذا اذا قال لها الزوج ابنتك ينوي به ه
الطلاق يقع الطلاق وكذلك اذا قالت المراة ابنت نفسي منك فقال اجزت ذلك يقع فلما كانت
الابانة من الفاظ الطلاق صلحت جوابا لقول الرجل طلقي نفسك الا انه يقع الرجعي لان المفوض
اليها هو الرجعي وقد اتت بزيادة وصف وهي البينونة فيلغو ذلك بخلاف ما اذا قالت
اخترت في جواب طلقي نفسك حيث لا يقع شي اصلا لان الاختيار ليس من الفاظ الطلاق الا ترى
ان الرجل اذا قال لها اخترتك او قال لها انت مخيرة او قالت المراة ابتدا اخترت نفسي فقال الزوج
اجزت ذلك لا يقع شي الا انه جعل طلاقا اذا وقع جوابا لتخيير الرجل وتمليكه الامر باجماع الصحابة
على خلاف القياس فاقتصر على مورد النص وقوله طلقي نفسك ليس بتخيير فلا يصلح قولها اخترت جوابا
له فان قلت ———— يرد عليكم ما اذا قال الرجل لامراته طلقي نفسك واحدة
فطلقها ثلاثا لا يقع شي عند ابي حنيفة لانها اتت بغير ما فوض اليها والمسئلة مشهورة في المبسوط ه
وطريقة الخلاف وغيرهما وهنا فيما اذا قال لها طلقي نفسك فقالت ابنت يقع الطلاق الرجعي مع انها
اتت بغير ما فوض اليها قلت ———— لا نسلم انها ترد علينا لان في هذه المسئلة
ايضا رواية عن ابي حنيفة كما ذكر صاحب الهداية انه لا يقع شي فكانت المسئلتان سوا فلا حاجة الى
الفرق ولين سلمنا على ما هو الظاهر فنقول الفرق بينهما ان الطلاق اذا قرن بالعدد يكون الواقع
هو العدد فتكون المراة في قولها طلقت نفسي ثلاثا في جواب طلقي نفسك واحدة اتية بغير ما فوض
اليها لان الثلاث غير الواحدة بخلاف قولها ابنت نفسي في جواب قوله طلقي نفسك لان معناه ه
طلقت نفسي تطليقة باينة فتكون المراة ممتثلة امر الزوج في اصل الطلاق فيقع ذلك ويلغو ا
وصف البينونة لانها مخالفة امره فيه وبخلاف ما اذا فوض اليها الثلاث وقد اتت بالواحدة
حيث يقع الواحدة بالاتفاق لانها لما ملكت الثلاث ملكت الواحدة فلم تكن مخالفة **قوله**
فكانت موافقة للتفويض في الاصل اي كانت المراة موافقة لتفويض الرجل بقولها ابنت
نفسي في اصل الطلاق دون وصفه وهو البينونة فيثبت الاصل لموافقتها ويلغو الوصف
لمخالفتها **قوله** وينبغي ان يقع تطليقة رجعية يعني في قولها ابنت نفسي في جواب قول الرجل
طلقي نفسك وانما قال بلفظ ينبغي لان هذه المسئلة من خواص الجامع الصغير ومحمد لم ينص فيه
على الرجعي بل قال هي طالق وكذلك قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير اعني انه
قال وينبغي ان يقع واحدة رجعية وانما قال ذلك لعدم تصريح محمد بالرجعي **قوله**
الا انه عرف طلاقا استثنا من قوله بخلاف الاختيار لانه ليس من الفاظ الطلاق والاستثنا
منقطع بمعنى لكن **قوله** وعن ابي حنيفة انه لا يقع بقولها ابنت شي اي لا يقع شي **قوله**
اذ الابانة تغاير الطلاق لان موجب الطلاق الصريح رجعي وموجب الابانة بينونة وبينهما
تغاير لا محالة **قوله** وان قال لها طلقي نفسك فليس له ان يرجع عنه وهذه مسئلة الجامع
الصغير وعند الشافعي يصح رجوعه حتى اذا طلقت نفسها بعد ان نهاها يقع الطلاق عندنا
خلافا له لانه توكيل كما اذا قال لاجنبي طلق امراتي وكما اذا قال لها طلقي ضرتك ولنا انه تمليك

لا توكيل

لا توكيل وفيه معنى التعليق والتعليق يمين فلا يصح الرجوع فيها بيان ذلك ان التوكيل ان يتصرف
الشخص لغيره والمراة في رفع قيد النكاح عاملة لنفسها لا لغيرها لان من رفع عن نفسه قيد الغيره
لا يكون في رفع القيد عن نفسه عاملا لغيره بل لنفسه فلا تكون المراة وكيلة بل تكون متملكة حقوق
نفسها بتمليك الزوج اياها ولكنه تمليك في معنى التعليق لانه علق طلاقها بمشيتها واختيارها فكانه
قال ان طلقت نفسك فانت طالق والطلاق معلق به ولا رجوع في اليمين لان فايدته وهي ه
الحمل او المنع لا تحصل اذا صح الرجوع فصار كما اذا قال لها ان دخلت الدار فانت طالق فلا يصح
الرجوع ثمه فكذا هنا بخلاف ما اذا قال لها طلقي ضرتك او قال لاجنبي طلق امراتي حيث يصح ه
الرجوع ثمه فكذا هنا بخلاف ما اذا قال لها طلقي ضرتك او قال لاجنبي طلق امراتي حيث يصح
الرجوع لانه توكيل وانابة لكون العمل للغير وفي الوكالة يصح الرجوع لان في عمل التوكيل يتوقع
منه على الموكل وذاك ضرر عليه فيجوز دفع ذلك الضرر عن نفسه بالرجوع او نقول كلامنا فيما
اذا فوض الى الاجنبي على طريق التوكيل فان فوض اليه على طريق التمليك لا يصح الرجوع ثمه ايضا
كما اذا قال له طلق امراتي ان شيت ومعنى الوكالة لا يتحقق في حق المراة لانها عاملة في حقوق ه
نفسها ثم ان قامت المراة عن المجلس بطل الامر وليس لها ان تطلق بعد ذلك وقال مالك هو موبد
لانه مطلق وهو القياس عندنا ايضا كما بينا في قوله اختاري نفسك ولنا ان الصحابة رضي الله
عنهم اجمعوا على ان للمخيرة المجلس ولانه تعليق الطلاق بمشيتها ولا ولاية للمملكة على الطلاق
المعلق بمشيتها الا بعقو لها فيقتضي جوابها وقبولها في الحال كما في ساير التمليكات فكان ينبغي ان تطلق
نفسها للحال بلا امتداد الى اخر المجلس وذاك لان بقا الملك يبقا محله والفعل لا يقاله لكونه ه
عرضا الا انه يمتد الى اخره وجعلت ساعات المجلس كلحظة واحدة لضرورة التامل وقد اندفعت
بالمجلس فيبطل ما ورا ذلك **قوله** وان قال لها طلقي نفسك متى شيت فلها ان تطلق نفسها في
المجلس وبعده وهذه من مسايل القدوري لفظه بعينه الا انها وقعت مكررة في الهداية لان
صاحب الهداية ذكرها بعد هذا قريبا من ورقة عند قوله ولو قال لها انت طالق اذا شيت وذكر
ثمة وضع الجامع الصغير وذكر هنا وضع القدوري وكان ينبغي ان يذكرهما في موضع اما هنا واما
ثمة وانما لم يقتصر على المجلس لعمومية لانها لا تختص بوقت دون وقت فصار كانه قال لها طلقي نفسك
في اي وقت شيت **قوله** واذا قال لرجل طلق امراتي فله ان يطلقها في المجلس وبعده وله ان ه
يرجع وقد مر بيان هذا قبل هذا وانما كان له ان يطلقها بعد المجلس لان الاجنبي وكيل والوكيل قد
يقدر على ان يعين الموكل في المجلس وقد لا يقدر فلم يقتصر على المجلس **قوله** فكان تمليكا اي
كان قوله طلقي نفسك تمليكا لا توكيلا **قوله** ولو قال لرجل طلقها ان شيت فله ان يطلقها في المجلس
خاصة وليس للزوج ان يرجع عنه وهذه من مسايل الجامع الصغير وذكر في الاصل لو قال طلقها
ان شيت كان على المجلس وكذلك لو جعل ذلك الى صبي او معتوه وفي المسئلة خلاف زفر ذكر في شرح
الكافي وشروح الجامع الصغير وجه قوله ان قوله لاجنبي طلقها ان شيت توكيل ولا يتفاوت
الحكم بذكر المشية وعدمها لانها لغو لان الرجل يتصرف بمشية نفسه لا محالة ولهذا لو قال لاخر
بعه ان شيت يكون توكيلا لا تمليكا ولا يخرج كلامه ذكر المشية عن التوكيل فكذا هنا ولنا انه تمليك
لا توكيل لانه علق الطلاق بمشية المخاطب والمتصرف الذي يكون بمشية المتصرف نفسه دون سواه
تصرف المالك لا تصرف الوكيل لان الوكيل يتصرف بمشية الموكل ورايه لا بمشية نفسه ورايه
حتى اذا اجرى الطلاق على لسانه من غير مشية المخاطب لا يقع بخلاف ما اذا لم يعلق بالمشية ه

الطلاق ج

وجرى على لسانه من غير مشيئة يقع ثم لما كان تمليكا اقتصر على المجلس ولا يصح رجوعه لما حققنا في
مسألة طلقي نفسك والحاصل انه يقتصر على المجلس بمعنى التمليك ويثبت اللزوم بمعنى التعليق لانه
يمين لا يصح الرجوع عنها وهذا بخلاف قوله بعه ان شئت فانه توكيل لا تمليك مع وجود ذكر
المشيئة حتى يصح العزل والنهي عن البيع بعد ذلك ولا يقتصر على المجلس لان البيع لا يحتمل التعليق
بالشرط لا قضاء به الى معنى القمار فجعل توكيلا والجواب عن قول زفر فيقول نعم انه يتصرف
بمشيئة نفسه لكن مشيئته بوجبها الزوج ويثبتها فكان ذكرها مفيدا الا لغوا واما قول محمد في الاصل
وكذلك لو جعل ذلك الى صبي او معتوه فذلك لان بجود العبارة يتحقق منهما **قوله** وقال
زفر هذا والاول سواء هذا اشارة الى قوله طلقها ان شئت والاول اشارة الى قوله طلق امرأتي
فكلا هما توكيل عنده حتى يصح الرجوع عنه ولا يقتصر على المجلس **قوله** وان قال لها طلقي
نفسك ثلاثا فطلقت واحدة فهي واحدة وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة وصورتها
فيه محمد عن ابي يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل قال لامرأته طلقي نفسك ثلاثا
فقالت طلقت نفسي واحدة قال هي طالق واحدة قال ولو قال طلقي نفسك واحدة فقالت طلقت
نفسي ثلاثا لم يقع عليها شيء عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقال ابو يوسف ومحمد يقع عليها واحدة
والاصل فيه ان المرأة اذا اتت بما فوض اليها يقع والا فلا ففي الاولى طلقت نفسها واحدة اتت بما
فوض اليها لانها لما ملكت الثلاث بالتمليك ملكت الواحدة فوقعت وكذا في الثانية عندهما لانها
اتت بما فوض اليها وزيادة فيصح المفوض اليها ويلغو الزيادة وهذا لان الواحدة موجودة
في الثلاث فصار كما اذا قالت طلقت نفسي واحدة وواحدة وواحدة وكما اذا قال لها طلقي نفسك
فطلقت نفسها وضرتها او قال لعبده اعتق نفسك فاعتق نفسه وصاحبه وكذا لو قال لاجنبي
بع عبدي هذا فباعه مع عبد اخر وكذا اذا قال الرجل لامرأته طلقتك الفا يقع الثلاث
وهي مفوضة اليه شرعا وما زاد على ذلك يلغو لانه لا يملكه شرعا ولابي حنيفة رضي الله عنه
انها اتت بغير ما فوض اليها فلم يقع شيء اصلا لانها مخالفة لا ممتثلة لامر الزوج وذلك لان
الثلاث غير الواحدة والمفوض اليها واحدة لا ثلاث فلما لم يقع الثلاث لانها مخالفة لاتيانها
بغير ما فوض اليها لم يقع الواحدة ايضا لان الواحدة من الثلاث لا قيام لها دون الثلاث
فكانت مبتدئة في كلامها لا مجيبة لكلام الزوج فيتوقف ايقاعها على اجازة الزوج بخلاف
ما اذا قالت واحدة وواحدة وواحدة بالعطف لانها ممتثلة في الاولى دون الثانية وكذا هي ممتثلة
في طلاق نفسها دون ضرتها وكذا الجواب في اعتاق العبد نفسه وصاحبه وكذا الجواب
في بيع الاجنبي العبد المأمور ببيعه مع غيره بخلاف ما اذا طلقت نفسها واحدة وقد امرها
بالثلاث حيث يقع الواحدة لانها تصرفت فيما ملكت لانها لما ملكت الثلاث ملكت الواحدة ضرورة
غاية ما في الباب انها نقصت مما ملكت وبخلاف الزوج لانه تصرف بحكم الملك والمرأة
تتصرف بحكم التمليك والتفويض من الزوج لا بحكم ملكها فلم يصح تصرفها اذا خالفت **قوله**
فكانت مبتدئة لا مجيبة اي كانت المرأة مبتدئة في كلامها لا مجيبة لكلام الزوج **قوله**
فكانت بينهما مغايرة على سبيل المضادة اي فكانت بين الواحدة والثلاث مغايرة لان الواحدة
ليست بمركبة والثلاث مركبة من الآحاد وهذه عدد وتلك لا **قوله** وكذا هي في المسألة
الاولى اي تصرفت المرأة ايضا بحكم الملك فيما اذا طلقت نفسها واحدة وقد قال لها طلقي
نفسك ثلاثا لان الثلاث تدل على الواحدة تضمنا فكانت مالكة للواحدة لما ملكت الثلاث

بخلاف ما اذا امرها بالواحدة وقد اتت بالثلاث لان الواحدة لا دلالة لها على الثلاث
لا حقيقة ولا مجازا لعدم التضمن والالتزام فكانت المرأة مخالفة فلم يقع شيء **قوله**
اما ههنا اشارة الى قوله طلقي نفسك واحدة فطلقت نفسها ثلاثا **قوله** وان امرها بطلاق
يملك الرجعة فطلقت بائنة او امرها بالبائن فطلقت رجعية وقع ما امر به الزوج وهذه
من مسائل الجامع الصغير يعني قال لها طلقي نفسك طلاقا املك الرجعة فطلقت نفسها بائنا
يقع الرجعي لا البائن او قال لها طلقي نفسك طلاقا بائنا فطلقت نفسها رجعيا يقع البائن
اما في الاولى فلان المرأة اتت بالاصل والوصف فثبت الاصل لانها موافقة للزوج ولغا
الوصف لانها خالفته واما في الثانية فلان الزوج لما عين صفة الطلاق بذكر البائن
كانت المرأة مخالفة في ذكر الصفة بالرجعي فلغت الصفة فصار كانها لم تذكر الصفة
اصلا واقتصرت على اصل الطلاق واتت به فتقع الطلاق على الصفة التي فوضها
اليها الزوج والحاصل انها اتت بالاصل والوصف فثبت الاصل دون الوصف فافهم
قوله فتقول طلقت نفسي بالنصب في الموضعين عطفا على قوله ان تقول في الموضعين **قوله**
بائنة بالنصب حال من الضمير في فتقع او من المجرور اعني قوله بالصفة اي تقع الطلقة بالصفة
التي عينها الزوج بائنة **قوله** وان قال لها طلقي نفسك ثلاثا ان شئت فطلقت واحدة لم
يقع شيء وهذه من مسائل الجامع الصغير وقال في الاصل لو قال انت طالق ثلاثا ان شئت
فقالت قد شئت واحدة فهو باطل وذاك لان الكل معلق بمشيئة الكل فلا يقع بمشيئة
البعض لانعدام الشرط وانما قلنا ذلك لان قوله ان شئت فيه ابهام باعتبار متعلقه فيجعل
بناء على ما سبق ليزول الابهام فيصير كانه قال ان شئت الثلاث وهذا بخلاف ما اذا قالت
شئت واحدة وواحدة وواحدة حيث يقع ثلاث تطليقات سواء دخل بها او لم يدخل بها لان تمام
الشرط باخر الكلام فيجعل اول الكلام موقوفا على اخره فلهذا لم يتوقف الحال بالدخول
وعدمه الا اذا سكتت على قولها شئت واحدة ثم قالت وواحدة وواحدة فحينئذ لا يقع شيء
لانعدام الشرط بتفريق الكلام ولو قال لها طلقي نفسك واحدة ان شئت فطلقت نفسها ثلاثا
فكذلك عند ابي حنيفة رضي الله عنه اي لا يقع عليها شيء اصلا وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله
يقع الواحدة وذكر في الاصل وقال لو قال لها انت طالق واحدة ان شئت فقالت قد شئت ثنتين
او ثلاثا لم يقع شيء عند ابي حنيفة رضي الله عنه وهذا ابناء على ما ذكرنا في قوله طلقي نفسك واحدة
فقالت طلقت نفسي ثلاثا فثمه لا يقع شيء عنده وعندهما يقع الواحدة فكذا هنا لانها شاءت الواحدة
والزيادة فيقع الواحدة لانها فوضت اليها وتلغو الزيادة ولابي حنيفة رضي الله عنه انها اتت بغير
ما فوض اليها فلا يقع شيء لان بين الثلاث والواحدة مغايرة من حيث التضاد كما مر بيانه في تلك
المسألة وهذا معنى قوله لان مشيئة الثلاث ليست مشيئة الواحدة كايقاعها اي كما ان ايقاع
الثلاث ليس بايقاع الواحدة فيما اذا قالت طلقت نفسي ثلاثا فكذا المشيئة وعندهما ايقاع
الثلاث ايقاع الواحدة فكذا المشيئة **قوله** ولو قال لها انت طالق ان شئت فقالت شئت
ان شاء فلان فقال شئت ينوي الطلاق بطل الامر وهذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد
عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل قال لامرأته انت طالق ان شئت فتقول قد
شئت ان شئت فيقول الزوج شئت قال ذلك باطل وان نوى الطلاق بقوله شئت فهو باطل
ايضا وذكر النية من الخواص وذلك لان الزوج لم يتكلم بالطلاق في قوله شئت وانما شاء له

مشيئتها وبطل الامر من يدها لوجود دليل الاعراض وهو اشتغالها بما لا يعنيها بحيا لغيتها
زوجها لان الزوج فوض اليها الطلاق بمشيئتها وهي مسئلة غير معلقة بشي اخر وقد خالفته حين
علقت مشيئتها بمشيئة الزوج ولم يعتبر نية الطلاق من الزوج في قوله شئت لان النية تعمل
في الملفوظ لا في غيره والطلاق ليس بملفوظ لا في قوله شئت ولا في قولها شئت ان شئت فلا
يقع شي حتى لو قال شئت طلاقك يقع ايضا بخلاف ما اذا قال هويت طلاقك او احببت
طلاقك او اردت طلاقك لا يقع بذلك شي وان نوى لان ذلك نوع تمني هكذا ذكر اصحابنا رحمهم الله حكم المسئلة في
اردت طلاقك وعلل صاحب الهداية بقوله لانه لا ينبئ عن الوجود اي لان قوله اردت طلاقك لا ينبئ عن الوجود
يعني ان المشيئة تنبئ عن الوجود والارادة لا فلهذا وقع الطلاق بقوله شئت طلاقك ولم يقع بقوله اردت
طلاقك وقال شمس الائمة السرخسي رحمه الله في شرح الكافي المشيئة في صفات الخلق تنبئ عن الرام في اللغة من
الارادة الا ترى ان المشيئة لا تذكر مضافة الى غير العقلاء وقد تذكر الارادة قال تعالى فوجدا جدارا
يريد ان ينقض فاقامه فاقول هذا الذي قالوه من الفرق بين الارادة والمشيئة ضعيف لان اهل اللغة
كالجوهري وصاحب الديوان وغيرهما لم يفرقوا بينهما ولهذا قال الجوهري في الصحاح في كتاب الالف
المهموزة المشيئة هي الارادة وقال في باب الدال الارادة هي المشيئة وكذا قال في الديوان فعلم انه لا
فرق بينهما وقد صرح اصحابنا رحمهم الله في كتب الكلام ان لا فرق عند اهل السنة بين الارادة والمشيئة
وقول شمس ان المشيئة لا تذكر مضافة الى غير العقلاء فيه نظر لان ابن السكيت انشد في الاصلاح يا
مرحباه بحمار عفرا اذا اتى قربته لما شا من الشعير والحشيش والما وشرحه ابو محمد يوسف بن
الحسن بن عبد الله السيرافي في التهذيب وهو مشهور عند اهل اللغة واسناد الارادة الى الجدار
مجاز وكلامنا في الحقيقة ولا نسلم ان المشيئة لا تستعمل في مثل ذلك مجازا وقد فسروا الارادة
بتخصيص احد المقدورين بالوجود فتكون هي ايضا منبئة عن الوجود ثم يقع الطلاق بقوله
شئت طلاقك بالاتفاق فينبغي ان يقع بقوله اردت طلاقك ايضا لانهما سواء في المعنى لما قلناه
يؤيده ما ذكر في خلاصة الفتاوى بقوله وقال في المنتقى وفي القياس كل ذلك سواء وقولهم اردت
بمنزلة تمنيت ممنوع **قوله** وكذا اذا قالت شئت ان شاء ابي او شئت ان كان كذا الامر لم يجئ بعد
اي لا يقع الطلاق ايضا اذا قال الرجل انت طالق ان شئت فقالت المراة شئت ان شاء ابي او قالت
شئت ان دخل ابي الدار ونحوه وهو معنى قوله لامر لم يجئ بعد وهذه من مسائل الجامع الصغير
ايضا وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل قال لامراته انت طالق
ان شئت فقالت شئت ان كان كذا لامر ماض طلقت وان كان الشي لم يجئ بعد فهذا باطل ولا يقع
الطلاق وليس لها ان تطلق بعد وانما لم يقع الطلاق وبطل الامر من يدها اذا علقت مشيئتها
بامر مستقبل لما قلنا انه فوض اليها الطلاق بمشيئة مرسلة لا معلقة فلما علقت مشيئتها خالفت
الزوج فيما فوض اليها فلا يقع شي بخلاف ما اذا علقت مشيئتها بامر ماض بان قالت شئت ان كان ابي
في الدار حيث يقع الطلاق لان التعليق بشرط واقع تحقيق لا تعليق لقوله انت طالق ان
كانت السماء فوقنا **فان قلت** يرد على هذا ما اذا حلف الرجل
وقال هو يهودي ان فعل كذا وهو يعلم انه فعل حيث لا يحكم بكفره فلو كان التعليق بشرط
كائن تحقيقا لكان كافرا **قلت** لا يرد لانه روي عن محمد بن مقاتل
الرازي انه يكفر فاطرد الاصل ولئن سلمنا انه لا يكفر على ما روي عن محمد بن شجاع الثلجي
المروي عن ابي يوسف ايضا في شرح الطحاوي فنقول انما لم يكفر لان الكفر انما يكون بتبديل

الاعتقاد

الاعتقاد وهو بهذا الكلام لم يقصد تبديل الاعتقاد بل قصد ان يصدق في مقالته
قوله ولو قال لها انت طالق اذا شئت او اذا ما شئت او متى شئت او متى ما شئت فردت الامر
لم يكن ردا ولا يقتصر على المجلس وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة وصورتها فيه محمد
عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل يقول لامراته انت طالق اذا شئت او اذا
ما شئت او متى شئت او متى ما شئت فلها ان تطلق نفسها واحدة وان قامت من مجلسها او اخذت
في عمل اخر او كلام اخر فليس لها ان تطلق نفسها الا واحدة وان ردت لم يكن ردها ردا ولها ان تطلق
نفسها بعد ذلك وهذا لان كلمة متى واذا من الظروف الزمانية فلا تختص وقتا دون وقت فلهذا كان لها
ان تطلق نفسها في اي وقت شاءت ولكن تطلق واحدة لانها تعميم الوقت لا تعميم الفعل ولم يكن ردها ردا
لان الزوج فوض اليها الطلاق في اي وقت شاءت فلها ان تطلق نفسها بعد الرد حين شاءت لانها ملكت
تطليق نفسها في عموم الاوقات ولا يقال يرد على ابي حنيفة رضي الله عنه هذه المسئلة نقضا لان اذا
عنده تستعمل للشرط فلو قال انت طالق ان شئت يقتصر على المجلس فكذا اذا قال شئت ينبغي ان يقتصر
على المجلس لانا نقول ان اذا اذا جوزي بها لا يسلب عنها معنى الوقت فبالنظر الى الشرط يخرج الامر من يدها كما في
ان اذا قامت عن المجلس وبالنظر الى الوقت لا يخرج كما في متى وقد كان الامر اليها بيقين فلا يخرج بالشك وباقي
التقرير بيناه في فصل اضافة الطلاق الى الزمان في قوله انت طالق اذا لم اطلقك وهو المراد من قوله
وقد مر من قبل **قوله** ولو قال لها انت طالق كلما شئت فلها ان تطلق نفسها واحدة بعد واحدة
حتى تطلق نفسها ثلاثا وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة وصورتها فيه محمد عن يعقوب
عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل قال لامراته انت طالق كلما شئت قال لها ان تطلق نفسها وان قامت
من مجلسها او اخذت في عمل اخر واحدة بعد واحدة حتى تطلق نفسها ثلاثا فان تزوجها
بعد زوج اخر لم يقع عليها شي من بعد وليس ان تطلق نفسها ثلاثا بكلمة واحدة اعلم ان كلمة كلما لتعميم
الفعل والدليل عليه قوله تعالى كلما نضجت جلودهم فلما كان كذلك كان لها مشيئة بعد مشيئة الى ان
تستوفي الثلاث فاذا قامت من المجلس او اخذت في عمل اخر بطلت مشيئتها المملوكة لها في ذلك المجلس
لوجود دليل الاعراض ولكن لها مشيئة اخرى بحكم كلما ولهذا كان ان تطلق نفسها وان وجد دليل الاعراض
او وجد الرد حتى اذا شاءت ثلاث مرات فتزوجها الزوج الاول بعد زوج اخر لا يبقى لها مشيئة
عندنا خلافا لزفر وهي بناء على ان التنجيز يبطل التعليق عندنا خلافا له وذلك لان كلام الزوج انما
تناول ما كان مملوكا له من الطلقات وهي الثلاث لا غير فلا يبقى شي بعد ذلك وانما لم يكن لها ان
تطلق نفسها ثلاثا بكلمة واحدة لان الزوج فوض اليها كل طلاق بكل مشيئة فلا يقع الجملة بمشيئة
واحدة لمخالفتها فهل يقع الواحدة ام لا فعند ابي حنيفة رضي الله عنه لا يقع شي وعندهما يقع
الواحدة وهو بناء على ما ذكرنا في قوله طلقي نفسك واحدة ان شئت فطلقها ثلاثا ومن فروع هذه
المسئلة انها لو شاءت مرتين او انقضت عدتها فتزوجت بزوج اخر ثم عادت الى الزوج الاول
تعود اليه بثلاث تطليقات في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ولها المشيئة في ذلك كله
مرة بعد مرة وهي مسئلة الهدم فافهم وان قال لها كلما شئت فانت طالق ثلاثا فشاءت واحدة فذلك
باطل وان قال كلما شئت فانت طالق واحدة فقالت قد شئت ثلاثا كان باطلا وكذلك لو قال كلما
شئت فانت طالق ولم يقل واحدة فشاءت ثلاثا وهذا مذهب ابي حنيفة رضي الله عنه وعندهما
يقع واحدة في الوجهين وانما كان باطلا لان شرط وقوع الطلاق في الوجه الاول مشيئة الثلاث
اي كلما شئت الثلاث فاذا شاءت الواحدة لم يوجد الشرط فلا يقع شي وفي الوجه الثاني الشرط مشيئة

الواحدة اي كلما شئت واحدة فاذا شاءت ثلاثا لا يوجد الشرط فلا يقع وباقي التقرير مر في قوله طلقي
نفسك ثلاثا ان شئت فطلقتها واحدة وينظر ثمه **قوله** لانها توجب عموم الانفراد لا عموم
الاجتماع اي لان كلمة كلما توجب عموم الفعل في دا فردا لا جملة فلهذا لا تطلق نفسها ثلاثا بكلمة
واحدة بان قالت طلقت نفسي ثلاثا وقد مر بيانه **قوله** ولو قال لها انت طالق حيث شئت اواين
شئت لم تطلق حتى تشا وان قامت من مجلسها فلا مشية لها وهذه من مسايل الجامع الصغير
المعادة وقال في الاصل وان قال انت طالق حيث شئت اواين شئت فهو على المجلس ولا يقع في مالم
تشا اعلم ان حيث واين من الظروف المكانية واين مجازي بها ولا مجازي بحيث الا اذا لزمهاما
والطلاق لا تعلق له بالمكان الا ترى انه لو قال لها انت طالق في الكعبة يقع في الحال وهذا
لان الطلاق الواقع في مكان يقع واقعا في جميع الامكنة فلما لم يتعلق الطلاق بالمكان صار ذكر المكان
وعدمه سوا فبقي الطلاق متعلقا بمشيتها فكانه قال انت طالق ان شئت فاقتصر على المجلس بخلاف الزمان فان
للطلاق تعلقا به لان الزمان جز داخل في ماهية الفعل فيدل فعل الطلاق على الزمان فاعتبر
خصوص الزمان كما اذا قال انت طالق غدا او كذا اعتبر عمومه كما اذا قال انت طالق متى شئت او زمان
شئت او حين شئت **قوله** لان له تعلقا به اي لان للطلاق تعلقا بالزمان **قوله** لان له تعلقا
به اي لان للطلاق تعلقا بالزمان **قوله** فوجب اعتباره خصوصا وعموما اي اعتبار الزمان وانتصب
خصوصا وعموما على التمييز من اعتباره وعامله الفعل اعني وجب **قوله** وان قال لها انت طالق
كيف شئت طلقت تطليقة بملك الرجعة وهذه من مسايل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب
عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل قال لامراته انت طالق كيف شئت فاذا هي طالق تطليقة بملك الرجعة
فان قالت قد شئت واحدة باينة او ثلاثا وقال الزوج نويت ذلك فهو كما قال ولم يذكر الخلاف في الجامع
الصغير كما ترى وقال في المبسوط هذا قول ابي حنيفة رضي الله عنه وعندهما لا يقع شي مالم تشا المراة
فاذا شاءت في المجلس فالحكم كما قال ابو حنيفة رضي الله عنه واذا شاءت واحدة باينة ونوى الزوج
ثلاثا فهي واحدة رجعية وان شاءت ثلاثا وقد نوى الزوج واحدة باينة فهي واحدة رجعية
لانها شاءت غير ما نوى الزوج من الوصف والعدد فلا يصح هذا بالاتفاق لهما انه فوض اليها
الطلاق على اي وصف شاءت فلا يقع الطلاق بدون مشيتها كما في قوله انت طالق ان شئت او
لم شئت او حيث شئت او اين وتحقيقه ان وصف الطلاق لما تعلق بمشيتها تعلق اصل الطلاق ايضا
لان الوصف لا يتحقق بدون الاصل ولابي حنيفة رضي الله عنه ان المعلق بالمشية وصفا
الطلاق لا اصله فيقع اصله منجزا وذلك لان كيف كلمة موضوعة للسوال عن الحال الجارية
مجرى الظرف فاذا قيل كيف زيد يكون معناه
على اي حال هو من الصحة والسقم وغير ذلك فاذا كان وضع كيف لسوال الحال لا الذات كان وصف
الطلاق من البينونة والعدد متعلقا بالمشية دون اصله وتحقيقه ان السوال عن حال الشي قبل
وجود اصله ممتنع الا ترى الى قول الشاعر يقول خليلي كيف صبرك بعدنا فقلت وهل صبر
فتسال عن كيف ولكن في غير المدخول بها لا مشية لها بعد وقوع اصل الطلاق لحصول البينونة
وفي المدخول بها يقع ما شاءت اذا وافقت نية الزوج واذا خالفت يقع الطلاق الرجعي بخلاف
كم شئت فان كم كناية عن العدد على سبيل الابهام والمميز فيه محذوف اي كم طلاقا شئت او كم طلاق
شئت كما في قوله كم سرت اي كم فرسخا او فرسخ واصل العدد هو الواحد فيكون اصل الطلاق متعلقا
بالمشية بخلاف قوله حيث شئت او اين شئت لانهما يدلان على المكان والطلاق لا تعلق له بالمكان فيكون

ذكر المكان كعدمه فيكون المعلق بالمشية اصل الطلاق **قوله** ومعناه قبل المشية اي معنى قول
محمد رحمه الله في الجامع الصغير طلقت تطليقة بملك الرجعة فيما قبل مشية المراة اما اذا شاءت المراة
الواحدة الباينة او الثلاث يقع ذلك اذا نوى الزوج ذلك **قوله** فيتبع ايقاع الزوج اراد به قوله
انت طالق كيف شئت **قوله** وان لم تحضره النية يعتبر مشيتها فيما قالوا يعني اذا لم ينو الزوج شيا يعتبر
مشية المراة فيقع ما شاءت سوا شاءت الواحدة الباينة او الثلاث على ما قال المتاخرون لان الزوج
خيرها في وصف الطلاق بقوله كيف شئت فيجري على موجب تخييره وانما قال صاحب الهداية على ما
قالوا لانه لم يرد فيه نص عن اصحابنا المتقدمين والظاهر انه يقع الرجعي اذا لم ينو الزوج شيا على اشارة
الجامع الصغير لانه اوقع الواحدة الباينة او الثلاث بمشيتها اذا نوى الزوج فعلم انه اذا لم ينو لا يقع
الباين والثلاث فيتبع ايقاع اصل الطلاق وهو الرجعي **قوله** وعلى هذا الخلاف العتاق يعني اذا
قال لعبده انت حر كيف شئت يقع العتاق بلا مشية العبد عند ابي حنيفة ولا يقع عندهما مالم يشا
العبد **قوله** كيف للاستيصاف اي للسوال عن وصف الشي والضمير في وصفه وفي اصله
وفي وقوعه راجع الى الطلاق **قوله** وان قال لها انت طالق كم شئت او ما شئت طلقت نفسها ما شاءت
وهذه من مسايل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل
يقول لامراته انت طالق كم شئت او ما شئت قال ان شاءت طلقت نفسها واحدة او ثنتين او ثلاثا مالم تقم عن
مجلسها او تاخذ في عمل اخر او في كلام اخر فان ردت كان ردها ردا وقوله او ما شئت من الخواص وذلك لان
كلمة كم كناية عن العدد لا على سبيل التعيين الا ترى الى قولهم كم درهما عندك وكم غلام لك في الاستفهامية
والخبرية فوقعت عامة لابهامها فكان لها ان تطلق نفسها ان شاءت واحدة وان شاءت ثنتين وان شاءت
ثلاثا وانما اقتصرت مشيتها على المجلس لان الزوج فوض اليها الطلاق بمشيتها وذلك تمليك والتمليكات
تقتصر على المجلس فاذا وجد الرد او دليل الاعراض من القيام عن المجلس ومن الاشتغال بعمل اخر
او كلام اخر بحيث يقطع المجلس بطلت مشيتها ولم يقع شي بعد ذلك بمشيتها وكذلك الحكم في ما شئت لان
كلمة ما عامة لابهامها فكان لها ان تطلق نفسها ما شاءت من العدد وهي موصولة وصلتها هي الجملة
الخبرية اعني قوله شئت والضمير الراجع من الصلة الى الموصول محذوف للعلم به اي ما شئته
من الطلاق ويجوز حذف الراجع للعلم كما في ما ذا صنعت وقد عرف في موضعه **قوله**
وان قال طلقي نفسك من ثلاث ما شئت فلها ان تطلق نفسها واحدة وثنتين ولا تطلق ثلاثا عند
ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا تطلق ثلاثا ان شاءت وهذه من مسايل الجامع الصغير المعادة وقوله
ثنتين اي تطلق نفسها واحدة ان شاءت وثنتين ان شاءت وليس معناه انها تجمع بين الواحدة والثنتين
لهما ان كلمة ما في العموم محكم وكلمة من تحتمل التمييز وغيره فيحمل المحتمل على المحكم كما هو الاصل ولهذا
اذا قال كل من طعامي ما شئت يعم الاذن وكذا اذا قال طلق من نسايي من شاءت له ان يطلق جميع
من شاء من النسا وكذا اذا قال اعتق من عبيدي من شاء العتق فهو حر فشا واجميعا عتقوا ولابي حنيفة
رضي الله عنه ان كلمة ما حقيقة في العموم وكلمة من حقيقة في التبعيض كما في قوله تعالى خذ من
اموالهم صدقة والاصل في الكلام الحقيقة فيعمل بحقيقة الكلام مالم يدل دليل المجاز له
والثنتان بالنسبة الى الواحدة عام وبالنسبة الى الثلاث بعض ولا يقال ينبغي على هذا ان لا تطلق
نفسها واحدة لان الواحدة ليس فيها معنى العموم اصلا وهي بعض صرف لانا نقول لما ملكت الثنتين
بحكم الامر ملكت الواحدة ايضا وهذا مما سنح خاطري في هذا المقام وهذا بخلاف ما استشهدا
به لان ثمة قام الدليل على ارادة المجاز وعدل عن الحقيقة لان الاباحة لا يتعلق بهما

اللزوم فكان الامر فيها مبنيا على التوسع لان في العرف يراد بمثل هذا الكلام اظهار السخاء والكرم
وذلك بالعموم بخلاف الطلاق فانه يتعلق به اللزوم فلم يعدل فيه عن حقيقة كل لفظ وترك
الاصل في المسئلتين الاخريين لدلالة الدليل ايضا وذلك لان الموصوف بصفة عامة يتعمم
ولهذا لو قال والله لا اكلم الا رجلا كوفيا له ان يكلم جميع رجال كوفة حتى لو قال طلقي من نسائي من
شئت له ان يطلق الجميع الا واحدة وكذا اذا قال اعتق من عبيدي من شئت له ان يعتق الجميع
الا واحدة لعدم العموم في الصفة فكان المعنى عليه ايضا على الخلاف ثم عند ابي حنيفة رضي الله
عنه اذا طلقت نفسها ثلاثا لا يقع شيء اصلا لان مذهبه ان التي فوض اليها الواحدة اذا
طلقت نفسها ثلاثا لا يقع فكذا التي فوض اليها الثنتان اذا طلقت نفسها ثلاثا لا يقع وقد مر بيان
ذلك

باب الايمان في الطلاق

لما فرغ من ذكر الطلاق
بالتنجيز بالصريح والكناية شرع في ذكره بسبيل التعليق لان التنجيز هو الاصل لكونه سببا في الحال
والتعليق لا يكون سببا ما لم يوجد الشرط ولان جملتي الشرط والجزا بمنزلة جملة واحدة لان جملة
الشرط لا تفيد ما لم تكن معها جملة الجزا والاصل في الجملة ان تكون مفيدة بنفسها حتى يصح السكوت
عليها والتنجيز بهذه المثابة لا التعليق ثم اعلم ان الحلف باسم الله تعالى وصفاته يمين عند اهل اللغة
والفقها جميعا اما التعليق بالشرط فيمين عند الفقها ولا يسميه اهل اللغة يمينا فافهم قوله
واذا اضاف الطلاق الى النكاح وقع عقيب النكاح مثل ان يقول لامراة ان تزوجتك فانت طالق او
كل امراة اتزوجها فهي طالق وهذه من مسائل القدوري اعلم ان تعليق الطلاق بالملك او سبب الملك
يصح عندنا وقال الشافعي لا يصح وقال مالك في الموطا من قال كل امراة انكحها فهي طالق اذا
لم يسم قبيلة او قرية او امراة بعينها فذلك لا يثبت عليه واحتج باثر عبد الله بن مسعود انه
روي عنه كذلك وذكر قول ابن ابي ليلى مثل قول مالك في المبسوط وقال في الجامع للترمذي قال احمد
بن حنبل ان تزوج لا امره ان يفارق امراته والتعليق بالملك كقوله ان ملكتك فانت طالق والتعليق
بسبب الملك كقوله ان تزوجتك فانت طالق وجه قول الشافعي ما روي في السنن والجامع للترمذي مسندا
الى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا طلاق الا فيما يملك ولا عتق الا فيما يملك
وروي انه عليه السلام قال لا طلاق قبل النكاح ولنا ما روي في الموطا عن عمر بن الخطاب وعبد الله بن
عمر وعبد الله بن مسعود وسالم بن عبد الله والقسم بن محمد وسليمان بن يسار وابن شهاب الزهري رضي
الله عنهم كانوا يقولون اذا حلف الرجل بطلاق المراة قبل ان ينكحها ثم اثم ان ذلك لازم له ولان التعليق
ذكر شرط وجزا ولا وجود للجزا قبل وجود الشرط فيبقى الجزا معلقا الى وجود الشرط فلا يكون التعليق
تطليقا في الحال يوضحه انه لو قال لامراته ان دخلت الدار فانت طالق يصح التعليق ولكن لا يقع الجزا
وهو الطلاق ما لم يوجد الشرط فكذا هنا ولا حاجة الى قيام الملك في الحال لان الملك انما يشترط ليقع
الطلاق ولا يقع الطلاق قبل وجود الشرط فحين وجود الشرط يحصل ملك الطلاق لان التزوج
سبب لملك الطلاق وذمة الحالف كافية لصحة اليمين لاهليته بخلاف ما اذا قال لاجنبية ان دخلت
الدار فانت طالق حيث لا يصح التعليق لان المعلق لا يصير طلاقا عند وجود الشرط لو وقعه
في غير الملك لان الدخول ليس بسبب الملك وليس الحالف مالك لطلاقها في الحال ايضا حتى يستدل
على بقا الملك عند الشرط بناء على الظاهر فان قيل
لا يملك التنجيز فلا يملك التعليق قياسا على ما اذا علق طلاق الاجنبية بدخول الدار قلنا هذا يخص
ذاك منقوض بما اذا قال لامته الحائض اذا طهرت فانت طالق يقع الطلاق سنيا عند الطهر

والنكاح

وان كان لا يملك السبي في الحال وكذا اذا قال لجاريته اذا ولدت ولدا فهو حر يصح وان كان لا يقدر
على اعتاق المعدوم في الحال فعلم انه لا يلزم من بطلان التنجيز بطلان التعليق والجواب
عن الحديث الاول فنقول المراد منه التنجيز لا التعليق لانه لم يقل لا تعليق ولئن قال ذاك
مضمر فنقول لا نسلم لان الاصل عدم الاضمار والجواب عن الثاني فنقول
ذاك ليس بصحيح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولهذا لم يثبته البخاري وغيره في كتب الحديث
المعتمدة سوى ابن ماجة ولهذا قال الشيخ ابو نصر قال ابن المديني وابن ابي شيبة انه لا اصل له
ولو صح فنقول بموجبه ايضا لان الطلاق لا يقع قبل النكاح عندنا بل بعد النكاح وهو زمان
وجود الشرط فيكون الطلاق بعد النكاح لا قبل النكاح او نقول تاويله ما روي في شرح الكافي
عن مكحول والزهري وسالم والشعبي انهم كانوا في الجاهلية يطلقون قبل التزوج تنجيزا ويعدون
ذلك طلاقا فنفى ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله لا طلاق قبل النكاح قوله لصحته
اي لصحة تصرف اليمين قوله لان الوقوع عند الشرط اي وقوع الطلاق عند وجوده
الشرط وهو التزوج قوله والملك متيقن به عنده الضمير في به راجع الى الملك وفي عنده
الى الشرط يعني ان الملك يتيقن عند وجود الشرط وهو التزوج بيانه ان الملك فيما اذا علق في الملك
بغير الملك او سببه كالدخول يحتمل ان يكون زايلا عند وجود الشرط ومع هذا يصح التعليق
بالنظر الى ثبوت الملك في الحال لان الظاهر في كل ثابت بقاؤه لان زواله بالعارض وهنا فيما
نحن فيه الملك يتيقن عند وجود الشرط وهو التزوج لانه سبب لملك الطلاق لا محالة فلان يصح
التعليق اولى واحرى قوله وقبل ذلك اثره المنع اي قبل وجود الشرط اثر الشرط ان
يمنع السبب من ان يتصل بالمحل قوله وهو قايم بالمتصرف اي تصرف اليمين او الحلف قايم
بالمتصرف ولا حاجة الى اشتراط المحل بل ذمة الحالف كافية قوله فالحديث محمول على
نفي التنجيز اي لا طلاق قبل النكاح منجزا قوله كالشعبي والزهري وغيرهما اراد بغيرهما
مكحولا وسالما وقد مر بيانه والشعبي هو عامر بن شراحيل الشعبي وهو من كبار التابعين وكذا
الزهري وهو محمد بن مسلم بن عبد الله بن عبيد الله بن شهاب الزهري كذا اورده القتبي وغيره
قوله واذا اضافه الى شرط وقع عقيب الشرط مثل ان يقول لامراته ان دخلت الدار
فانت طالق وهذه من مسائل القدوري والضمير البارز في اضافه راجع الى الطلاق وانما قال
صاحب الهداية وهذا بالاتفاق احترازا عن المسئلة المتقدمة اعني عن قوله ان تزوجتك
فانت طالق لان فيها خلاف الشافعي رحمه الله وقد بيناه ويجوز ان يكون احترازا عن المسئلة
التي بعد هذه اعني قوله لاجنبية ان دخلت الدار فانت طالق ثم تزوجها فدخلت لم تطلق
لان فيها خلاف ابن ابي ليلى فعنده تطلق ثم انما وقع الطلاق عقيب الشرط في تعليق طلاق
امراته لان المعلق بالشرط كالمنجز عند وجود الشرط فان قيل
لو كان المعلق كالمنجز عند الشرط لما وقع الطلاق على امراة الرجل اذا علق في حال الصحة
ثم وجد الشرط في حال جنونه لان المجنون ليس باهل للتنجيز قلنا
انما وقع ذلك حكما لكلام صدر من العاقل البالغ فكم من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا
وضمنيا ان الصبي لا يعقل ولهذا اذا ملك ذا رحم محرم منه يعتق عليه حكما لصحة ملكه القريب
وان كان لا يصح اعتاق المجنون ابدا وكذا يقع الفرقة بينه وبين امراته بسبب الجب
والعنة والفرقة طلاق حكما لصحة تفريق القاضي وان كان لا يصح طلاقه ابتدا فان

قلت سلمنا ان الطلاق يقع عقيب الشرط اذا كان الملك حينئذ
قايما اما اذا زال فلا فينبغي ان لا يصح يمينه اصلا لاحتمال زوال الملك قلت
اشار صاحب الهداية الى جواب هذا السوال بقوله لان الملك قايم في الحال والظاهر بقاوه الى
وقت الشرط يعني ان الملك لما كان محققا في الحال كان الظاهر انه يبقى الى وجود الشرط لان الاصل في
كل ثابت دوامه لعروض العدم وبمجرد احتمال الزوال لا يلتفت اليه لانه ليس بناشئ عن الدليل
فلما صح تعليقه بالنظر الى بقا الملك ظاهرا وقع كلامه المعلق يمينا على اصلنا لان التعليقات ليست
باسباب في الحال عندنا وانما تنقلب اسبابا عند الشرط وعلى اصل الشافعي ايقاعا لان التعليقات
اسباب عنده في الحال والملك في الحال موجود فصح الايقاع وهذا معنى قوله فصح يمينا او ايقاعا
اي صح تعليقه على الاصلين يمينا عندنا وايقاعا عنده قوله ولا يصح اضافة الطلاق الا ان
يكون الحالف مالكا او يضيفه الى ملكه وهذا لفظ القدوري اعلم ان الحلف بالطلاق لا يصح الا اذا
حلف في الملك او اضاف الطلاق الى الملك لان الجزا يجب ان يكون غالب الوجود او جزم بي الوجود
وغالب الوجود في الاول بان قال لامراته ان دخلت الدار فانت طالق وهذا لان وقوع الجزا وهو
الطلاق غالب عند وجود الشرط وهو دخول الدار بنا على الظاهر لان الاصل في كل ثابت
دوامه كما بينا وجزمي الوجود في الثاني بان قال ان ملكتك فانت طالق لان وقوع الجزا
يحصل لا محالة عند وجود الشرط وهو ملك المتعة وانما اشترط في الجزا احد هذين المعنيين
ليتحقق معنى الاخافة والجزا شرطه الاخافة حتى يتحقق معنى اليمين وهو القوة بيانه ان الشخص
اذا دعاه عقله الى تحصيل الفعل او الى الامتناع عنه وخالفه طبعه ولا يفا وم طبعه وهواه
حلف بالله تعالى وحلف بالطلاق والعتاق اخرى حتى يتقوى على طاعة عقله ومخالفة طبعه وهواه
لما في الحنث في الحلف بالله تعالى لزوم الكفارة وفيه خوف الضرر وفي الحنث في الحلف بالطلاق
والعتاق وقوعهما وذاك ضرر في حق الرجل والمولى بزوال الملك وكذا في حق المراة والعبد
لانقطاع ادرار النفقات وكفاية المون وكون الجزا مخيفا لا يكون الا بان يكون غالب الوجود او
جزمي الوجود لانهما اذا انعدما جميعا لا يوجد معنى الاخافة فلا يوجد الحامل والمانع فلا
يصح اليمين لان المقصود من اليمين الحمل او المنع كما في ان دخلت وان لم تدخلي ولا يقال
يرد على هذا قول الرجل لامراته ان حضت فانت طالق حيث لا تقدر المراة على تحصيل
الحيض او الامتناع عنه لانا نقول كلامنا فيما فيه للانسان اختيار والحيض لا اختيار فيه
للمراة اصلا لا في التحصيل ولا في الامتناع فلا يرد نقضا او نقول شرط صحة الدليل الاطراد
لا الانعكاس وشرط صحة الحد الاطراد والانعكاس جميعا فاذا كان كذلك نقول كل ما كان
فيه حمل او منع يصح فيه اليمين ولا يلزم ان لا يصح اليمين فيما ليس فيه حمل او منع وقول
بعضهم في شرحه كلامنا في الكليات لا في الافراد والتخلف في الافراد لا يضرنا فيه نظر
لان الكلي ينبغي ان يكون شاملا للافراد فاذا لم يشملها لا يكون كليا قوله فيتحقق معنى
اليمين وهو القوة بالنصب عطفا على قوله ليكون قال صاحب الجمهرة اليمين القوة ثم قال
هكذا فسره ابو عبيدة في قوله تعالى لاخذنا منه باليمين وكذلك قوله عز وجل والسموات
مطويات بيمينه وانشد قول الشاعر اذا ما راية رفعت لمجد تلقاها عرابة باليمين
اليمين يمينا لزيادة قوتها على اليسار وبا في التقرير سرا نفا قوله والظهور باحد هذين
اي ظهور الجزا يحصل باحد المعنيين المذكورين وهو كون الحالف مالكا او مضيفا الى الملك

وقد حققناه انفا قوله والاضافة الى سبب الملك بمنزلة الاضافة اليه اي اضافة الطلاق
الى سبب الملك بان قال لاجنبية ان تزوجتك فانت طالق بمنزلة اضافة الطلاق الى الملك لان
الجزا جزمي الوجود عند وجود الشرط فيهما جميعا قوله لانه ظاهر عند سببه اي لان
الجزا ظاهر عند سبب الملك قوله وان قال لاجنبية ان دخلت الدار فانت طالق ثم
تزوجها فدخلت الدار لم تطلق وهذه من مسايل القدوري وهي بنا على ما تقدم من الاصل وهو ان
الحالف ينبغي ان يكون مالكا او مضيفا الى الملك او سببه لم يصح التعليق وقال ابن ابي ليلى يقع طلاقه
اذا دخلت بعد التزوج فان قلت المعلق بالشرط كالمنجز عند وجوده
فلو نجز بعد التزوج وقال انت طالق يقع فينبغي ان يقع في هذه الصورة ايضا لان المعلق كالمنجز
قلت المعلق كالمنجز اذا صح التعليق ولا نسلم صحة التعليق في
هذه الصورة فان قلت لم لا يدرج في كلامه التزوج تصحيحا لكلام العاقل بان
يقدر ان تزوجتك ودخلت الدار فانت طالق قلت كلامه صحيح بدونه
تقدير التزوج لان الكلام ما افاد المستمع وقد افاد لانه شرط وجزا غايته ما في الباب ان الشرع ما
اثبت حكمه لعدم شرطه وذلك لا يدل على عدم صحة الكلام وايضا يلزم من ادراجه التكلف في
اثبات الطلاق وهو ابغض المباحات عند الله تعالى فلا يجوز التكلف في اثبات ما كان بغيضا عند الله
تعالى فافهم قوله ولا بد من واحد منهما اي لا بد لصحة الحلف من ثبوت واحد من هذين
المعنيين اعني من كون الحالف مالكا او مضيفا الى الملك او سببه قوله والفاظ الشرط ان
واذا واذا ما وكل وكلما ومتى ومتى ما وهذا لفظ القدوري في مختصره وانما قال الفاظ الشرط ولم
يقل حروف الشرط لان ان هو الحرف وحده والالفاظ الباقية اسما ثم اعلم ان الشرط عبارة
عن امر منتظر على خطر الوجود يقصد نفيه او اثباته كقولك ان زرتني اكرمتك وان لم تشتمني اجبتك
فعرفت من هذا ان كلمة ان هي الاصل في باب الشرط لدخولها على الفعل وفيه خطر بخلاف سائر
الالفاظ فانها تدخل على الاسم وليس فيه خطر وانما المجازاة بها باعتبار تضمنها معنى ان وكان ينبغي
على هذا ان لا يستعمل كل في المجازاة لدخوله على الاسم خاصة الا ان الاسم الذي يتعقبه يوصف بفعل
لا محالة فيكون ذلك الفعل في معنى الشرط كقولك كل عبد اشتريه فهو حر وكل امراة اتزوجها
فهي طالق فالحق كل بحروف الشرط للمجازاة اسما تقع موقع ان وهي ظروف وغير ظروف فالظروف
متى واين واني واي حين وحيثما واذما ولا يجازى بحيث ولا باذ حتى يلزم كل واحد منهما ما تقول
متى ياتني اته ومتى ما تاتني اتك واين تكن اكن واين تذهب اذهب واي حين تركب اركب وغير
الظروف ما ومن واي تقول ما تصنع اصنع ومن تكرم اكرم قال الله تعالى اياما تدعو فله الاسما
الحسنى وقد عرف تمامه في النحو ولو حرف الشرط كان وفرقهما ان ان تجعل الفعل للاستقبال
وان كان ماضيا ولم تجعله للماضي وان كان مستقبلا كقوله تعالى لو يطيعكم وقال الفقها ان لو يستعمل في
المستقبل كان ولهذا روي عن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله فيمن قال انت طالق لو دخلت الدار انه
انه بمنزلة قوله ان دخلت الدار فان قلت قد استدللت
على كون ان اصلا في باب الشرط بدخولها على الفعل وفيه خطر وقد جا دخولها على الاسم ايضا كقوله
تعالى وان احد من المشركين استجارك وقوله ان امرو هلك فينبغي ان لا تكون اصلا قلت
الفعل فيه مضمر يفسره الظاهر فافهم قوله قال فقي هذه الالفاظ اذا وجد الشرط انحلت
وانتهت اليمين اي قال القدوري رحمه الله في مختصره واراد بالالفاظ ما ذكره من الفاظ الشرط

انما يعني اذا وجد الشرط في جميع هذه الالفاظ تنحل اليمين وتنتهي ولا يتكرر الجزا اذا تكرر الشرط الا في
كلمة كلما فان الجزا يتكرر بحسب تكرر الشرط الى ان تنقطع ثلاث تطليقات فانه اذا قال لامراته كلما دخلت
الدار فانت طالق يتكرر الطلاق بتكرر الدخول الى الثلاث وذلك لان كلمة كلما لتعميم الافعال بدليل
قوله تعالى كلما نضجت جلودهم بدلناهم وقوله تعالى كلما اوقدوا نارا للحرب اطفاها الله وقد فهم
منها العموم والتكرار بخلاف ساير الفاظ الشرط فانها تدل على جنس الفعل لا التكرار وجنس الفعل
يتحقق في المرة الواحدة فاذا وجد الفعل مرة انحلت اليمين ولا يقع الجزا اذا وجد الفعل ثانيا لارتفاع
اليمين وانما يتكرر الجزا وهو الطلاق الى الثلاث في كلما لان المملوك طلاق هذا الملك وذلك ينتهي بالثلاث
حتى اذا عادت اليه بعد زوج اخر لا يقع الطلاق اذا وجد الشرط بخلاف ما اذا علق الطلاق بالتزوج
وقال كلما تزوجتك حيث يقع الطلاق اذا وجد الشرط بخلاف ما اذا علق الطلاق بالتزوج وقال
كلما تزوجتك حيث يقع الطلاق اذا وجد التزوج وان كان بعد زوج اخر وذلك لان الطلاق لا يصح
تعليقه الا اذا كان الرجل مالكا للطلاق او مضيفا له الى الملك او الى سبب الملك وقد مر بيان ذلك
فيكون عند وجود الشرط كالمنجز للطلاق فافهم **قوله** ولا بقا لليمين بدونه اي بدون
الشرط وذلك لان اليمين تعليق جزا معدوم بشرط معدوم والشرط اذا انتهى بوجوده مرة
لعدم دلالة اللفظ على التكرار لا يبقى اليمين لا محالة **قوله** فان تزوجها بعد ذلك اي بعد
زوج اخر وتكرر الشرط لم يقع شي اي قال القدوري فان تزوجها بما اذا قال لها كلما دخلت الدار فانت
طالق بعد زوج اخر ثم وجد الشرط وهو الدخول لا يقع الطلاق اصلا لما قلنا ان المملوك طلاق
هذا الملك وقد انتهى باستيفا الثلاث وهو معنى قوله لم يبق الجزا اي بانه ان اليمين ذكر شرط وجزا فاذا
لم يبق الجزا لا يبقى اليمين لان انتفا الجزء يستلزم انتفا الكل كانتفا واحد من العشرة اذا انتفى انتفت
العشرة **قوله** به وبالشرط اي بالجزا **قوله** وفيه خلاف زفر اي فيما اذا تزوجها بعد
زوج اخر وتكرر الشرط خلاف زفر فعنده يقع الطلاق وهو بنا على ان التنجيز مبطل للتعليق
عندنا خلافا له **قوله** وسنقرره من بعد اي سنقرر خلاف زفر من بعد في قوله وان قال لها
ان دخلت الدار فانت طالق ثلاثا ثم قال لها انت طالق ثلاثا فتزوجت غيره ودخل بها ثم رجعت الى الاول
فدخلت الدار لم يقع شي **قوله** ولو دخلت على نفس التزوج اي لو دخلت كلمة كلما على نفس التزوج بان قال
كلما تزوجتك او قال كلما تزوجت امراة فحينئذ يتكرر الجزا بتكرار الشرط وان تكرر الشرط بعد زوج
اخر لانعقاد اليمين باعتبار ملك الطلاق بسبب التزوج ليس بمحصور فلا يكون الطلاق محصورا
ايضا لان وجود السبب متكررا يقتضي وجود المسبب متكررا بخلاف كلمة كل فانه يوجب تعميم الاسما
لا الافعال ولهذا قال كل امراة اتزوجها فهي طالق فتزوجها مرتين لا يقع الطلاق في المرة الثانية
لعدم تكرار الاسم **قوله** قال وزوال الملك بعد اليمين لا يبطلها اي قال القدوري رحمه الله
في مختصره اعلم ان زوال الملك بعد انعقاد اليمين كما اذا قال لها ان دخلت الدار فانت طالق ثم
ابانها لا يبطل اليمين وذلك لان اليمين تنعقد وتصح مع عدم الملك ابتدا كما اذا قال لاجنبية ان تزوجتك
فانت طالق فلان تصح اليمين مع عدم الملك بقا اولى لان البقا اسهل من الابتدا ولان اليمين ذكر
شرط وجزا متعلق به والشرط لم يوجد فكان الجزا متعلقا به كما كان فبقيت اليمين كما كانت
لان ذمة الحالف كافية لبقا اليمين ثم بعد ذلك لا يخلو من احد الامرين اما ان يوجد الشرط في
الملك او في غير الملك فالاول مثل ان يتزوجها ثانيا ثم وجد الشرط وهو دخول الدار حيث وقع
الطلاق وانحلت اليمين اما وقوع الطلاق فلان الشرط وجد في الملك فنزل الجزا المتعلق به واما

انحلال

انحلال اليمين فلان اللفظ لا يدل على التكرار فبوجود الشرط مرة انتهت اليمين بخلاف كلمة كلما وقد
مر بيانها والثاني مثل ما اذا وجد دخول الدار بعد زوال الملك قبل التزوج ثانيا حيث تنحل اليمين
لوجود الشرط ولكن لا يقع الجزا المتعلق به لانعدام محل الطلاق لعدم الملك **قوله** ولا
يبقى اليمين لما قلنا اشارة الى قوله فبوجود الفعل مرة يتم الشرط ولا بقا لليمين بدونه **قوله**
وان اختلفا في وجود الشرط فالقول قول الزوج الا ان تقيم المراة البينة اعلم ان الزوجين اذا اختلفا
في وجود الشرط فقال الزوج لم يوجد الشرط ولم يقع الطلاق وقالت الزوجة قد وجد الشرط
ووقع الطلاق فلا يخلو من احد الامرين اما ان يكون الشرط شيئا يوقف عليه من جهة غيرها
كدخول الدار او شيئا لا يوقف عليه الا من جهتها ففي الاول القول قول الزوج الا اذا اقامت المراة
البينة على وجود الشرط فحينئذ يكون القول قولها وانما كان القول قول الزوج لان الاصل عدم
الشرط لعروض الوجود والقول لمن تمسك بالاصل لدلالة الظاهر على ذلك كالمدعا عليه المال
اذا انكر الا اذا اقامت المراة البينة لانها اثبتت امرا حادثا فتقبل قولها كاقامة المدعي البينة على
المال وفي الثاني القول قول المراة في حق نفسها كما اذا قال لها ان حضت فانت طالق وضرتك
فقالت المراة حضت وقال الزوج لم تحيضي يقع الطلاق عليها لا على ضرتها وانما وقع الطلاق
في هذه الصورة استحسانا لا قياسا ووجه القياس لان الحيض شرط كدخول الدار فكان ينبغي ان
يكون القول قول الزوج ولا يقع الطلاق لانه ينكر وقوع الطلاق متمسكا بالاصل ووجه
الاستحسان ان النسا امينات باظهار ما في ارحامهن مامورات بذلك لقوله تعالى ولا يحل لهن
ان يكتمن ما خلق الله في ارحامهن وذلك لان النهي عن الشي امر بضده فيقبل قول المراة في اخبارها
عن الحيض كما يقبل قولها في انقضا العدة والمنع عن الوطي اذا قالت انا حايض بلا اقامة البينة
ولا يقبل قولها في حق ضرتها لانها ليست بامينة في حق ضرتها بل هي شاهدة بوقوع الطلاق عليها
فتتهم وشهادة المتهم مردودة شرعا او نقول شهادة الواحدة ليست بمقبولة وهذا انما اذا
كذبها الزوج اما اذا صدقها يقع الطلاق على ضرتها ايضا **قوله** كما تقبل في حق العدة والغشيان
اي كما تقبل قولها في حق انقضا العدة وحق الغشيان يعني يقبل قول المراة اذا قالت انقضت عدتي
وكذا يقبل قولها اذا قالت انا حايض حيث يجتنب الزوج عن غشيانها والغشيان كناية عن اتيك
قوله وكذا لو قال ان كنت تحبين ان يعذبك الله في نار جهنم فانت طالق وعبدي حر فقالت
احبه اي الحكم هكذا فيما اذا علق الطلاق بالمحبة يعني ان القول قولها في حقها لا في حق غيرها
حتى ان المراة تطلق ولا يعتق العبد وكذا اذا قال لها ان كنت تحبيني فانت طالق وهذه معك فقالت
احبك وهاتان المسيلتان من مسايل الجامع الصغير وانما كان القول قولها في حقها لان المحبة محل
القلب لا يوقف عليها من جهة الغير فصارت امينة في الاخبار عنها فصدقت فطلقت كما في
الحيض بخلاف حق الغير لانها متهمة فيه وشهادة [illegible] مردودة فلم يعتق العبد ولم
تطلق الضرة لتكذيب الزوج وقولها ان كنت تحبيني بكون العماد ويجوز تركه ايضا لانه ليس
بلازم في المضارع الذي في اخره نون الاعراب وقد عرف في موضعه **قوله** لما بينا
اشارة الى قوله امينة في حق نفسها متهمة في حق ضرتها **قوله** لشدة بغضها اياه البغض
ضد الحب واستعمله بمعنى الابغاض حيث ذكر له مفعولا وهو اياه اي لشدة ابغاض المراة
زوجها **قوله** منه بالعذاب اي من الزوج بعذاب نار جهنم **قوله** ان تعلق الحكم
ان فيه زايدة كما في قوله تعالى فلما ان جا البشير ويقال لما ان جا اكرمته ويجوز ان تكون مصدرية

وتجوز ان تكون مخففة من الثقيلة على ان ضمير الشان فيها مستتر قوله وهو عدم المحبة اي
الاصل عدم المحبة قوله واذا قال اذا حضت فانت طالق فرأت الدم لم يقع الطلاق
حتى يستمر ثلاثة ايام وهذا لفظ القدوري في مختصره اعلم ان مجرد الدم الخارج من القبل
لا يدل على انه دم حيض لاحتمال انه دم استحاضة لان اقل الحيض مقدر بثلاثة ايام عندنا
فما لم يتم الدم ثلاثة ايام لا يحكم بانه دم حيض لاحتمال الانقطاع قبل ذلك فاذا استمر الدم
ثلاثة ايام تبين انه كان دم حيض فوقع الطلاق من حين حاضت فلو اجاب المفتي عن مثل
ذلك ينبغي ان يقول كان [illegible] وقع الطلاق ولا يقول يقع الطلاق لوهم فهم الحال او
الاستقبال قوله لان ما ينقطع دونه لا يكون حيضا اي ما ينقطع من الدم دون استمرار
ثلاثة ايام لا يكون حيضا قوله ولو قال لها اذا حضت حيضة فانت طالق لم تطلق حتى
تطهر من حيضها وهذا ايضا لفظ القدوري وقال في الجامع الصغير عن ابي حنيفة رضي الله عنه
في رجل قال لامرأته اذا حضت فانت طالق قال اذا رأت الدم طلقت واذا قال اذا حضت حيضة
فانت طالق فاذا طهرت من الحيض طلقت والفرق بينهما ان الحيضة اسم للكاملة فلا يقع الطلاق ما لم
تطهر من الحيض ان كانت ايامها عشرة وان كانت دون ذلك فبالطهر والغسل او ما يقوم مقام
الغسل بان يمضي عليها وقت صلاة كاملة لان كمال الحيض يحصل بذلك وانما قلنا ان الحيضة
اسم للكاملة لان الفعلة للمرة والمرة من الحيض لا تكون الا بكماله وكماله بانتهايه وانتهاؤه بما
قلنا بخلاف قوله ان حضت اذ ليس ثمة ما يدل على الكمال فيحكم بالوقوع من اول الحيض لكن
بعد ما تبين الدم حيضا باستمراره ثلاثة ايام وقالوا لا يكون الحيض الذي وقع الطلاق
فيه في قوله ان حضت فانت طالق محسوبا عن العدة لان الشرط مقدم على المشروط ثم الفرق
بين المسئلتين ان الطلاق بدعي في الاولى لوقوعه في الحيض سني في الثانية لوقوعه في
الطهر قوله ولهذا حمل عليه في حديث الاستبراء اي لاجل ان الحيضة بالهاء اسم للكامل
او الدم الكامل من الحيضة حمل على الكامل في قوله عليه السلام الا لا توطأ الحبالى حتى يضعن
حملهن ولا الحيالى حتى يستبرأن بحيضة وقد اراد عليه السلام بها الكمال قوله وذلك
اشارة الى انتهاء اي انتهاء الحيض بالطهر قوله واذا قال انت طالق اذا صمت يوما طلقت
حين تغيب الشمس في اليوم الذي تصوم اي تصوم فيه ترك الضمير العايد الى الموصول
للعلم به وهذه من خواص الجامع الصغير وصورتها فيه عن ابي حنيفة قال في رجل قال
لامرأته ان صمت يوما فانت طالق اذا صامت حتى غربت الشمس طلقت وذلك ان اليوم اذا
قرن بفعل ممتد يراد به بياض النهار والصوم ممتد وقد مر تحقيق ذلك في اخر فصل في
اضافة الطلاق الى الزمان بخلاف ما اذا قال اذا صمت فانت طالق فشرعت في الصوم
يقع الطلاق بمجرد الشروع فيه لوجود ركن الصوم وشرطه اما ركنه فهو الامساك
عن المفطرات الثلاث نهارا واما شرطه فهو النية والطهارة عن الحيض والنفاس ولم
يوجد ما يدل على بياض النهار فلم يشترط انتهاوه وقوله اذا صمت يوما نظير قوله ان
حضت حيضة وقوله اذا صمت نظير قوله ان حضت فافهم قوله لانه لم يقدره بمعيار
اي لان الزوج لم يقدر الصوم باليوم والمراد من المعيار الوقت الذي يقدر الفعل حتى
يطول بطوله ويقصر بقصره ووقت الصوم للصوم معيار لا ظرف بخلاف الصلاة فان
وقتها ظرف لا معيار وقد عرف في الاصول قوله وقال لامرأته اذا ولدت غلاما فانت طالق

واحدة واذا ولدت جارية فانت طالق ثنتين فولدت غلاما وجارية ولا يدري ايهما اول لزمه في
القضاء تطليقة وفي التنزه تطليقتان وانقضت العدة وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة اعلم
ان الغلام اذا ولد اولا يقع تطليقة واحدة ثم تنقضي العدة بولادة الجارية ولا يقع بولادتها شي
لانها زمان انقضاء العدة واذا ولدت الجارية اولا يقع تطليقتان ثم تنقضي العدة بولادة الغلام ولا
يقع بولادته شي بعد ذلك لكونها زمان انقضاء العدة ايضا فاذا اشتبه الحال ولم يدر ايهما كان اولا بان
كان الولادة ليلا يقع في القضاء تطليقة وفي التنزه تطليقتان حتى اذا كان طلقها قبل هذا واحدة
فلا ينبغي ان يتزوجها حتى تنكح زوجا غيره لاحتمال انها مطلقة ثلاثا فلان يترك الحلال خير من ان
يباشر الحرام وانما وقع في القضاء تطليقة واحدة لان فيها يقينا وفي الثانية شك فلا يقع الطلاق
بالشك قال في الشامل ولا رجعة ولا توارث لان العدة تنقضي بوضع الثاني منهما فلا يثبت الرجعة
والارث ولم يذكره شمس الايمة السرخسي في مبسوطه وقال في مختصر الكافي ومبسوط شمس الايمة السرخسي
وان ولدت غلاما وجاريتين في بطن واحد فان علم انها ولدت الجاريتين اولا فهي طالق ثنتين بولادة
الاولى منهما ولا يقع بالثانية شي لانعدام حكم التكرار في اليمين وقد انقضت عدتها بولادة الغلام
وان ولدت الغلام اولا طلقت واحدة بولادة الغلام وتطليقتين بولادة الجارية الاولى وقد
انقضت عدتها بولادة الاخرى وان ولدت احدى الجاريتين اولا ثم الغلام ثم الجارية طلقت
تطليقتين الاولى بولادة الجارية الاولى والثانية بولادة الغلام وقد انقضت عدتها بولادة
الاخرى فاذا لم يعلم كيف كانت الولادة فنقول في وجه هي طالق ثنتين وفي الوجهين هي طالق
ثلاثا ففي القضاء لا تطلق الا ثنتين لان اليقين فيهما وفي التنزه ينبغي ان تاخذ بثلاث تطليقات
احتياطا وقد انقضت عدتها بولادة الاخر منهم ثم الغلام اسم لذكر لم يبلغ وحد البلوغ فيه اختلاف
معروف فاذا بلغ صار شابا والجارية اسم لانثى لم تبلغ وقد تسمى الجارية غلامة قوله وفي التنزه
تطليقتان يقال تنزه القوم اذا بعدوا من الريف الى البدو فاما النزهة في كلام العامة فانها
موضوعة في غير موضعها لانهم يذهبون الى ان النزهة حضور الارياف والمياه وليس كذلك
هكذا ذكر في الجمهرة والمراد هنا التباعد عن السوء وعن مظان الحرمة قوله لا تقع اخرى به
اي لا يقع طلقة اخرى بوضع الجارية قوله في اخريه اي بوضع الغلام قوله والاولى
ان ياخذ بالثنتين تنزها اي الاولى ان ياخذ الزوج او القاضي او المفتي بالثنتين احتياطا ويجوز ان
يقال بتا الغايبة اي الاولى ان تاخذ المراة ويجوز ان يقال بنون المتكلم اذا كان معه غيره
ويجوز ان يقال بيا الغايب على صيغة المجهول باسناد الفعل الى الجار والمجرور قوله والعدة
منقضية بيقين لما بينا اي لانها لو ولدت الغلام اولا تنقضي عدتها بوضع الجارية ولو ولدت
الجارية اولا تنقضي عدتها بوضع الغلام لان الحامل عدتها وضع الحمل بالنص قوله
وان قال ان كلمت ابا عمرو وابا يوسف فانت طالق ثلاثا ثم طلقها فبانت وانقضت عدتها فكلمت
ابا عمرو ثم تزوجها فكلمت ابا يوسف فهي طالق ثلاثا مع الواحدة الاولى وقال زفر لا يقع وهذه
من مسائل الجامع الصغير واراد بالواحدة الاولى الطلقة التي يوقعها بعد التعليق ثم المسئلة
على وجوه اربعة اما ان وجد الشرطان في الملك فيقع الطلاق بالاتفاق واما ان وجدا في غير
الملك فلا يقع وجدا بالاتفاق واما ان وجد الاول في الملك والثاني في غير الملك فلا يقع بالاتفاق
واما ان وجد الاول في غير الملك والثاني في الملك فعندنا يقع الطلاق خلافا لزفر وجه قوله اعتبار
الوصف الاول بالوصف الثاني وبيانه ان الوصف الثاني لو وجد في غير الملك لا ينزل الجزاء فكذا

اذا وجد الاول في غير الملك ينبغي ان لا ينزل الجزا لان كلام احدهما بعض الشرط ككلام الاخر
في احدهما يشترط الملك فكذا في الاخر ولنا ان صحة التعليق باهلية المتكلم وهي بكونه عاقلا
بالغا وانما يشترط الملك وقت التعليق لما مر بيانه في اوايل الباب وهو ان الجزا ينبغي ان يكون له
غالب الوجود او جزمي الوجود ليتحقق الاخافة فيحصل معنى اليمين وهو القوة فالاول في
التعليق في الملك والثاني في التعليق بسببه ويشترط الملك ايضا عند تمام الشرط لنزول الجزا لانه
لا ينزل في غير الملك وما بين وقت التعليق وهو وقت انعقاد اليمين وبين نزول الجزا وقت بقا اليمين
وبقا اليمين مستغن عن الملك لان ذمة الحالف كافية لبقايها ولهذا لو قال لعبده ان دخلت الدار فانت
حر ثم باعه ثم اشتراه ودخل الدار عتق وتحقيقه ان بوجود بعض الشرط لا يتم الشرط فلا
ينزل الجزا فلا يشترط الملك عند وجود الوصف الاول بخلاف الوصف الثاني فان بوجوده
يتم الشرط فينزل الجزا فيشترط المحل عند وجوده فظهر الفرق بين الاول والثاني وعلى هذا
اذا قال لها اذا ولدت ولدين فانت طالق في الوجوه الاربعة وكذا اذا قال ان دخلت هذه
الدار وهذه الدار فانت طالق وكذا ما شابه ذلك فافهم **قوله** اما ان وجد الشرطان
فيه مسامحة لان كلام احدهما دون الاخر ليس بشرط بل الشرط كلاهما جميعا فلو كان كل واحد
من الكلامين شرطا تاما لوقوع الطلاق اذا وجد احدهما ولا ينزل الجزا بوجود احدهما
ما لم يوجد الاخر في الملك فعلم ان تمام الشرط كلاهما جميعا فافهم **قوله** ليصير الجزا غالب
الوجود لاستصحاب الحال وذلك لان استصحاب الحال عبارة عن ابقا ما كان على ما كان لعدم
الدليل المزيل فاذا كان الملك باقيا عند وجود الشرط بالنظر الى استصحاب الحال ينزل الجزاء
عنده غالبا لان الاصل في كل ثابت دوامه وان كان يحتمل الملك الزوال حينئذ **قوله** وفيما بين
ذلك اي بين حالة التعليق وتمام الشرط **قوله** بقاوه بمحله اي بقا اليمين بمحل اليمين والمحل
هو الذمة وانما ذكر الضمير الراجع الى اليمين وان كانت مونثة على تاويل التعليق لان تعليق الطلاق
والعتاق يمين عند الفقها **قوله** وان قال لها ان دخلت الدار فانت طالق ثلاثا فطلقها ثنتين
وتزوجت بزوج اخر ودخل بها ثم عادت الى الاول فدخلت الدار طلقت ثلاثا عند ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد هي طالق بما بقي من الطلاق وهو قول زفر وهذه من مسايل الجامع الصغير
والاصل فيها ان الزوج الثاني يهدم ثلاث تطليقات بالاتفاق فهل يهدم ما دون الثلاث ام لا
فعند ابي حنيفة وابي يوسف يهدم خلافا لمحمد وزفر ومعنى قول محمد هي طالق بما بقي من الطلاق
اي يقع تطليقة واحدة وتحرم حرمة غليظة بالاتفاق لكن الثلاث تتم بما بقي من الطلاق
عند محمد اما عند ابي حنيفة وابي يوسف فالحرمة الغليظة بالطلقات الثلاث المعلقة
وفايدته تظهر فيما اذا علق تطليقة واحدة فعند محمد يثبت الحرمة الغليظة خلافا لهما
ومسيلة الهدم مشهورة تحتاج الى التحقيق وسيجي بيانه في اخر فصل فيما تحل به المطلقة
عند قوله واذا طلق الحرة تطليقة او تطليقتين وانقضت عدتها وتزوجت بزوج اخر ثم
عادت الى الزوج الاول عادت بثلاث تطليقات **قوله** وسنبين من بعد اي في اخر فصل
فيما تحل به المطلقة **قوله** وان قال لها ان دخلت الدار فانت طالق ثلاثا ثم قال لها انت
طالق ثلاثا فتزوجت غيره ودخل بها ثم رجعت الى الاول فدخلت الدار لم يقع شي وقال زفر
يقع الثلاث وهذه من مسايل الجامع الصغير المعادة وجه قول زفر رحمه الله ان الجزا مطلق
فيتناول ثلاث تطليقات مطلقا سواكانت مملوكة في الحال او مستحدثة في المال ولان المعلق عند التنجيز

فلا يبطل

فلا يبطل المعلق بالتنجيز وذلك لان التعليق في الملك قد صح وقد وجد الشرط في الملك فينزل
الجزا كما اذا علق عتق عبده بدخول الدار ثم باعه ثم ملكه ثانيا ثم وجد الشرط يعتق العبد وكما
اذا قال لها ان دخلت الدار فانت علي كظهر ابي ثم طلقها ثلاثا ثم عادت اليه بعد زوج اخر يكون
مظاهرا منها ولهذا لو ابانها بتطليقة ثم عادت اليه بعد زوج اخر ثم وجد الشرط يقع الثلاث
ولنا ان المعلق طلاق هذا الملك وقد تنجز ذلك فلا يبقى معلقا وذلك لان التعليق انما يصح اذا كان
في الملك او كان مضافا الى الملك او سببه ليحصل الغرض من اليمين وهو المنع او الحمل ولم يوجد الاضافة
الى الملك وسببه فتعين الاول ليحصل الغرض من اليمين وهو المنع او الحمل ولم يوجد الاضافة الى
الملك وسببه فتعين الاول فلما كانت اليمين منعقدة بطلقات هذا الملك لم يبق اليمين بعد استيفايها
اذ لا بقا لليمين بدون الجزا الكامل لا انعقاد لها بدونه بخلاف تعليق عتق العبد حيث لا يبطل اليمين
بعد البيع لان محلية العتق لم تبطل بالبيع وقد كان محلا للعتق بصفة الرق والرق باق بعد
البيع حتى اذا اعتقه لا يبقى اليمين لفوات المحل وبخلاف مسيلة الظهار لان محل الظهار لم يفت
بتنجيز الطلقات الثلاث لان حرمة الظهار غير حرمة الطلاق لان الاولى متناهية بالتكفير
والثانية بالزوج الاخر وانما لا يصير مظاهرا بعد التطليقات الثلاث لان الظهار تشبيه
المحللة بالمحرمة ولا يتحقق ذلك الا بعد التزوج وبخلاف ما اذا ابانها بطلقة او طلقتين حيث
لا يبطل التعليق لانه لم يستوف الا بعض الحق فيبقى اليمين لبقا الملك ببقا بعض الحق وانما لم
يملك التصرف في البعض الباقي في الحال لعدم الشرط وذا لا يدل على انه ليس بمالك كالصبي
لا يملك التصرف في ماله وكالزوج لا يملك وطي الحايض في الحال مع وجود ملك البضع والباقي
يعلم في كتابنا الموسوم بالتبيين **قوله** بخلاف ما اذا ابانها يتعلق بقوله وقد فات بتنجيز
الثلاث اي فات الجزا بتنجيز الثلاث المبطل للمحلية بخلاف ما اذا ابانها بطلقة او طلقتين
حيث لا يفوت الجزا لبقا المحل ولهذا اذا عادت اليه بعد زوج اخر عادت بثلاث تطليقات
عند ابي حنيفة وابي يوسف وهي مسيلة الهدم لان في صورة الابانة بطلقة او طلقتين يزول
الحل لا الملك والدليل على بقا الملك ان الزوج الاول يتزوجها بلا تحليل زوج اخر **قوله**
ولو قال لامراته اذا جامعتك فانت طالق ثلاثا فجامعها فلما التقى الختانان لبث ساعة لم يجب
عليه المهر وان اخرجه ثم ادخله وجب عليه المهر وكذا اذا قال لامته اذا جامعتك فانت حرة
وهذه من خواص مسايل الجامع الصغير ومعنى قوله وكذا اذا قال لامته اي لا يجب عليه المهر
باللبث والمكث فاذا ادخل بعد الاخراج يجب عليه المهر اي مهر المثل اعلم ان هذا الذي ذكره
هو ظاهر الرواية عن اصحابنا رحمهم الله وعن ابي يوسف في غير رواية الاصول انه
يجب مهر المثل في الفصل الاول ايضا وهو ما اذا لبث ساعة بعد الايلاج لوجود الجماع حال اللبث
لانه مجامع في تلك الحالة وجه ظاهر الرواية ان حقيقة الجماع ادخال الفرج في الفرج واللبث بعد
الادخال ليس بادخال لان ادخال الشي انما يكون اذا كان ذلك الشي خارجا وحالة اللبث لم يوجد
الخروج فلا يوجد الادخال ولا يجب شي بالادخال لانه كان في ملكه بخلاف ما اذا اخرج ثم ادخل
حيث يجب مهر المثل لان البضع محترم لا يصاب الا بحد او مهر فامتنع الحد فتعين المهر وانما
امتنع الحد لان اول الفعل حلال لوقوعه في ملكه فامتنع الحد لشبهة اتحاد المجلس والمقصود وهو
قضا الشهوة فجعلت الايلاجات المتعددة كايلاج واحد ولهذا لم يجب الا عقر واحد فاذا كان
الطلاق رجعيا هل يثبت الرجعة باللبث لم لا فعلى ما روي عن ابي يوسف يصير مراجعا فعلا لانه

جعل البقا كالابتدا وعند محمد لا يصير مراجعا لانه تطير الدخول والدوام على الدخول ليس بدخول
ولو احوج ثم ادخل يصير مراجعا باتفاق الروايات **قوله** وجب العقر قال في ديوان الادب
العقر مهر المراة اذا وطيت عن شبهة والمراد منه مهر المثل وبه فسر الامام العتابي العقر في
شرح الجامع الصغير ولهذا ذكر صاحب المنظومة في هذه المسئلة لفظ مهر المثل وذكر صاحب
المختلف العقر فعلم ان المراد من العقر هو مهر المثل **قوله** عن احد هما الضمير راجع الى الحد والعقر
قوله بالمباشرة اللمس والقبلة بشهوة وهو الملمس **قوله** اولج يقال اولجه اي ادخله قال تعالى
يولج الليل في النهار ويولج النهار في الليل اي يزيد من هذا في ذاك ومن ذاك في هذا ۵ ۵

فصل في الاستثناء

الحق فصل الاستثناء بباب التعليق
لمناسبة بينهما وهي ان كل واحد منهما من باب التغيير ولان في كل منهما منعا الا ان الشرط يمنع كل
الكلام والاستثناء يمنع بعضه فكان المنع في التعليق اكثر فقدمه لقوته فان قلت
لم قال المصنف اولا فصل في الاستثناء ثم بدا بمسئلة التعليق وهي قوله انت طالق ان شاء الله لانها
ليست باستثناء وكان القياس ان يذكرها في الفصل المتقدم قلت
التعليق بمشية الله تعالى له شبه قوي بالاستثناء لان بالاستثناء يمتنع حكم صدر الكلام عما كان
قبل الاستثناء بحيث لا يتوقف وجوده على وجود الشرط فكذا حكم صدر الكلام يمتنع اصلا في
التعليق بمشية الله تعالى ولا يتوقف على وجود الشرط فلهذه المناسبة ذكر التعليق في فصل
الاستثناء بخلاف ساير التعليقات مثل قوله انت طالق ان دخلت الدار فان ثمه وان كان يمتنع
حكم اول الكلام في الحال يمتنع الى وجود الشرط فاذا وجد الشرط يقع الطلاق هذا ما سنح به
خاطري في هذا المقام وما قال بعضهم بان الشرط يغير صدر الكلام كالاستثناء فلاجل هذا
بدا بان شاء الله فذلك جواب بعيد عن التحقيق لان المعنى الذي قال وان كان مسلما لا يقتضي
ان يذكر التعليق في فصل الاستثناء مع ان المصنف فصل بينهما واورد ذلك في باب وهذا
في فصل فلو كان يقتضي كان ينبغي ان يذكر ساير مسايل التعليق في فصل الاستثناء او يذكر مسايل
الاستثناء في باب التعليق **قوله** واذا قال لامراته انت طالق ان شاء الله متصلا لم يقع
وهذه من مسايل القدوري والمراد من الاتصال ان لا يقطع قوله ان شاء الله عن قوله انت طالق بكلام
اخر او سكوت فاما اذا كان الفصل لا تقطع النفس فلا عبرة به لعدم امكان الاحتراز عنه ولو اتى
بحروف الاستثناء بحيث لا يسمع يقع الاستثناء صحيحا وهو اختيار الكرخي لان السماع ليس بشرط صحة
الكلام ولهذا يصح استثناء الاصم وان لم يسمع هو واحترز بقوله متصلا عما يكون منفصلا لان
في المنفصل خلاف بعض الناس وقالوا روي عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال يصح
الاستثناء المنفصل وقاسوا على التخصيص المتراخي فقال ذاك جايز بطريق البيان فكذا هذا
قلنا لا نسلم ان الرواية عن ابن عباس صحيحة فكيف يقال هذا وهو من افصح اهل اللسان
وهم لم يستعملوا مثل هذا قط حتى لو قال احد لفلان علي الف درهم ثم استثنى منه قدرا معلوما
بعد يوم يسخر منه ويضحك بخلاف التخصيص المتراخي فانه مستعمل عندهم ان يذكر اللفظ
عاما ثم يقول المتكلم به بعد زمان ان مرادي كان به ذلك الشي الخاص فبطل القياس للفرق وايضا
التخصيص انما يكون بالنص المنفصل القايم بنفسه بخلاف الاستثناء فانه لا صحة له ما لم يكن
المستثنى منه ولا يقال قد روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لاغزون قريشا ثم قال بعد سنة ان شاء
الله لانا نقول لا نسلم انه صحيح ولئن صح فنقول لا نسلم ان الاستثناء كان من قوله لاغزون قريشا

الذي

الذي سبق قبل سنة لانه يحتمل ان الاستثناء كان من كلام اخر متصل به ولئن سلمنا ان الاستثناء
كان منه لكن لا نسلم ان قصد النبي صلى الله عليه وسلم كان الى الاستثناء فلم لا يجوز ان يكون قصده
الى اسناد ذلك المامور به الغايب في قوله تعالى ولا تقولن لشي اني فاعل ذلك غدا الا ان يشاء الله
واذكر ربك اذا نسيت ثم اعلم ان الرجل اذا قال لامراته انت طالق ان شاء الله لا يقع الطلاق وكذا
اذا علق طلاق امراته بمشية من لا يعلم مشيته من المخلوقين كما اذا قال انت طالق ان شاء الملك او
الجن او الحايط وقال مالك اذا علق طلاق امراته بمشية الله تعالى يقع لانه لو لم يشا الله تطليقه
لما اجرى على لسانه ولنا ما روى اصحابنا رحمهم الله عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من حلف
بطلاق او عتاق وقال ان شاء الله فلا حنث عليه وروى صاحب السنن رحمه الله باسناده الى
نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من حلف فاستثنى فان شاء
رجع وان شاء ترك غير حنث وروى صاحب السنن ايضا مسندا الى ابن عمر عن النبي صلى الله
عليه وسلم قال من حلف على يمين فقال ان شاء الله فقد استثنى واخرجه الترمذي والنسايي
وابن ماجة وقال الترمذي حديث حسن وروى البخاري باسناده الى طاوس انه سمع ابا
هريرة رضي الله عنه يقول قال سليمان صلوات الله عليه لاطوفن الليلة على تسعين امراة
كل تلد غلاما يقاتل في سبيل الله فقال له صاحبه يعني الملك قل ان شاء الله فنسي فاطاف بهن فلم
تات امراة منهن بولد الا واحدة بشق غلام فقال ابو هريرة يرويه لو قال ان شاء الله لم
يحنث وكان دركا له في حاجته والاستدلال ظاهر لان النبي صلى الله عليه وسلم لم يثبت الحنث
بان شاء الله وهو خلاف مذهب مالك رحمه الله ولانه تعليق لا تطليق والتعليق معدم للحكم
الى وجود الشرط ضمنا وللسبب قصدا والشرط هنا لا يعلم وجوده فيبقى السبب معلقا به
والحكم معدوما على البقاء الاصلي وذاك لان الطلاق لا يقع بالشك **قوله** متصلا به اي
بالطلاق او العتاق **قوله** والشرط لا يعلم هنا اي في صورة التعليق بمشية الله تعالى لان
مشية الله تعالى ليست بمعلومة للعباد **قوله** فيكون اعداما من الاصل اي يكون التعليق
بمشية الله تعالى اعداما من الابتدا لعدم العلم بالمشية فصار كانه لم يقل انت طالق اصلا ۵
قوله ولهذا يشترط ان يكون متصلا به بمنزلة ساير الشروط هذا ايضاح لقوله اي
بصورة الشرط **قوله** ولو سكت ثبت حكم الكلام الاول اي لو سكت المتكلم زيادة على قدر
التنفس بين قوله انت طالق وبين قوله ان شاء الله يثبت حكم الطلاق وهو الوقوع لانه لا يصح
الاستثناء المنفصل على مذهب الجمهور **قوله** فيكون الاستثناء عن الاول والاستثناء
بالنصب على انه خبر كان اي يكون التعليق بمشية الله تعالى استثناء عن الكلام الاول ويجوز بالرفع
على ان كان تامة او ناقصة خبرها الجار والمجرور راجع قوله عن الاول ثم اعلم ان كونه اعداما على
قول محمد رحمه الله لانه بمنزلة الاستثناء عنده وكونه شرطا على مذهب ابي يوسف رحمه الله
ولهذا قال في الفتاوى الصغرى اذا قال انت طالق ان شاء الله فهو يمين عند ابي يوسف حتى لو قال
لامراته ان حلفت بطلاقك فانت طالق ثم قال لها انت طالق ان شاء الله حنث وعند محمد لا يكون
يمينا حتى لا حنث به عنده **قوله** او ذكر الشرط بعده رجوع عن الاول اي يكون ذكر
الشرط وهو قوله ان شاء الله بعد قوله انت طالق رجوعا عن الكلام الاول ولا يقال في هذا
الكلام نظر لان لقايل ان يقول سلمنا ان قوله ان شاء الله شرط ولكن لا نسلم ان ذكر الشرط
رجوع فلو كان كذلك لكان ذكر الشرط رجوعا في قوله انت طالق ان دخلت الدار لان ذكر

الشرط موجود وليس برجوع ولئن سلمنا ان ذكر الشرط رجوع ولكن لا نسلم ان الطلاق يقبل
الرجوع فينبغي حينئذ ان يقع الطلاق لعدم صحة الرجوع والنقض بوعدم وقوع الطلاق
لان في قوله انت طالق ان شاء الله لا يقع الطلاق باتفاق اصحابنا جميعا لانا نقول كلامنا فيما
اذا ثبت حكم الكلام الاول بالسكوت زيادة على قدر التنفس فحينئذ يقع الطلاق فبعد
ذلك يكون ذكر الاستثناء رجوعا فلا يصح رجوعه بخلاف ما اذا لم يسكت حيث لم يثبت حكم
الكلام الاول فلاجل هذا صح سائر التعليقات **قوله** وكذا اذا ماتت قبل قوله ان شاء الله
عطف على قوله لم يقع في اول الفصل اي لا يقع الطلاق ايضا اذا ماتت المراة بعد قول الرجل
انت طالق قبل قوله ان شاء الله لان الموت لا ينافي المبطل وهو قوله ان شاء الله وذلك لان
الموت ايضا مبطل للاهلية وثبوت الاحكام والمبطل يناسب المبطل فلا يقع الطلاق
كما اذا كانت حية لصحة الاستثناء بخلاف ما اذا مات الزوج قبل قوله ان شاء الله حيث يقع
الطلاق لانه لم يتصل المغير وهو الاستثناء باول كلامه **قوله** وان قال انت طالق ثلاثا
الا واحدة طلقت ثنتين ولو قال الا ثنتين طلقت واحدة وهذه من مسائل القدوري ايضا
قال صاحب الهداية والاصل ان الاستثناء تكلم بالحاصل بعد الثنيا هو الصحيح والثنيا اسم بمعنى
الاستثناء ومعناه ان صدر الكلام بعد الاستثناء يصير عبارة عما وراء المستثنى بدل عليه
قوله تعالى فلبث فيهم الف سنة الا خمسين عاما معناه لبث فيهم تسعمائة وخمسين عاما وهذا
ظاهر وكذا اذا اقر الرجل لغيره فقال له علي عشرة دراهم الا تسعة يلزمه درهم واحد فكانه تكلم
بما حصل بعد الاستثناء وهو الدرهم الواحد فاذا ثبت هذا الاصل قلنا يقع الطلقتان في
قوله انت طالق ثلاثا الا واحدة لان الطلقتين هما الحاصلتان بعد الاستثناء فكانه تكلم بهما
ابتداء وقال انت طالق طلقتين او قال انت طالق ثنتين ويقع الطلقة الواحدة في قوله
انت طالق ثلاثا الا ثنتين لان الطلقة الواحدة هي الحاصلة بعد الاستثناء فكانه تكلم بالواحدة
ابتداء ثم اعلم ان استثناء الاكثر هل يصح ام لا وهي من مسائل الاصول قال عامة الفقهاء يصح وقال
بعضهم لا يصح وهو مذهب الفراء وروي عن ابي يوسف في كتاب الاقرار في شرح الطحاوي
انه لا يصح حتى اذا اقر وقال لفلان علي عشرة دراهم الا تسعة دراهم لا يصح على ما روي عن
ابي يوسف في غير ظاهر الرواية وجه قول الفراء انه لم تتكلم به العرب ولنا ان الاستثناء
عبارة عن التكلم بالحاصل بعد الثنيا وقيل استخراج بعض ما تكلم به وفي هذا المعنى لا فرق
بين اخراج القليل او الكثير اذا كان يبقى وراء المستثنى شيء يجعل الكلام عبارة عنه يؤيده قول
اهل النحو ان الاستثناء اخراج الشيء عن حكم دخل فيه غيره والشيء اعم من ان يكون قليلا او
كثيرا ولا نسلم ان العرب لم تتكلم به ولئن سلمنا لكن لا نسلم ان عدم تكلمهم مانع لصحة هذا الاستثناء
الا ترى ان العرب لا تعرف الكسور ولا تستثنيها في الكلام وهذا يصح استثناء الكسور
بالاتفاق لانه موافق لمذهبهم فكذا هذا وقال شمس الائمة السرخسي في مبسوطه وهو
شرح الكافي ولم يذكر في الكتاب اي في الكافي اذا قال انت طالق ثلاثا الا نصف تطليقة كم
يقع ثم قال وقيل على قول ابي يوسف تطلق ثنتين لان التطليقة كما لا تتجزى في الايقاع لا
تتجزى في الاستثناء فكانه قال الا واحدة وعند محمد رحمه الله تطلق ثلاثا لان في الايقاع
انما لا تتجزى لمعنى الموقع وذلك لا يوجد في الاستثناء فتتجزى فيه واذا كان المستثنى نصف
تطليقة صار كلامه عبارة عن تطليقتين ونصف فتطلق ثلاثا **قوله** ولا يصح استثناء

الكل

الكل من الكل لانه لا يبقى بعده شيء يصير متكلما به وصارفا للفظ اليه والضمير في بعده راجع الى استثناء الكل
وفي به راجع الى شيء وكذا في اليه وهذا كما اذا قال لامرأته انت طالق ثلاثا الا ثلاثا تطلق ثلاثا لبطلان
الاستثناء وقال شمس الائمة السرخسي في مبسوطه وظن بعض مشايخنا ان استثناء الكل رجوع والرجوع عن
الطلاق باطل ثم قال وهذا وهم وفسره في اصوله بقوله فان فيما يصح الرجوع عنه لا يصح استثناء الكل ايضا
حتى اذا قال اوصيت لفلان بثلث مالي الا ثلث مالي كان الاستثناء باطلا والرجوع عن الوصية يصح وانما
بطل الاستثناء لانه لا يبقى وراء المستثنى شيء يكون الكلام عبارة عنه فعرفنا انه تصرف في الكلام
لا في الحكم بيانه فيما اذا قال عبيدي احرار الا عبيدي لم يصح الاستثناء ولو قال الا هؤلاء صح الاستثناء
ولو قال نسائي طوالق الا نسائي لا يصح الاستثناء ولو قال الا هؤلاء صح الاستثناء لانه يتوهم بقاء شيء يكون
الكلام عبارة عنه بعد الاستثناء بان يكون له عبيد معتقون غير هؤلاء او نساء طوالق غير هؤلاء
ولا يتوهم مثل هذا في الصورة الاولى وقال في شرح الطحاوي لو قال اوصيت بثلث مالي لفلان الا
الف درهم ومات وترك ثلث ماله الف درهم صح الاستثناء وبطلت الوصية ولو قال اوصيت
بثلث مالي لفلان الا ثلث مالي كان للموصى له ثلث ماله ولا يصح الاستثناء والاصل فيه ما قلنا
قوله كما ذكرنا من قبل اي في قوله انت طالق ان شاء الله يعني كما لا يصح قوله ان شاء الله الا
متصلا لا يصح قوله الا واحدة وقوله الا ثنتين الا متصلا **قوله** في الفصل الاول اراد به
استثناء الواحدة من الثلاث **قوله** وفي الثاني اي في الفصل الثاني اراد به استثناء الثنتين من
الثلاث وعلى مذهب الفراء لا يصح ذلك وقد مر بيانه **قوله** ولو قال الا ثلاثا يقع الثلاث
يعني لو قال انت طالق ثلاثا الا ثلاثا وهذا لان استثناء الكل من الكل لا يصح لعدم بقاء شيء بعد الاستثناء
يصير الكلام عبارة عنه ونقل صاحب الاجناس عن كتاب الطلاق للحسن بن زياد لو قال انت طالق
اربعا الا ثلاثة يقع واحدة ولو قال انت طالق عشرا الا تسعة كانت طالقا واحدة والاصل فيه
ان الاستثناء تصرف في صيغة الكلام عندنا لا في الحكم وقال في الفتاوى الولوالجي لو قال انت طالق
ثلاثا الا ثلاثا الا واحدة وقعت واحدة والاصل فيه الاستثناء من النفي اثبات ومن الاثبات نفي
فالكلام الاول اثبات والثاني نفي والثالث اثبات فخذ من الطرف الاخير حتى لو قال انت طالق
عشرا الا تسعا الا ثمانية يستثنى ثمانية من تسعة فيبقى واحدة فتستثنى واحدة من عشرة فيبقى تسعة
فكذلك في الثلاث استثنى الواحدة من الثلاث يبقى اثنتان ثم استثنى الاثنتين عن الثلاث فيبقى واحدة
والله اعلم **باب طلاق المريض** لما فرغ عن بيان طلاق الصحيح
شرع في بيان طلاق المريض لان المرض عارض والاصل عدم العارض ثم اعلم ان المرض عبارة عن معنى
يزول بحلوله في بدن الحي اعتدال الطبائع الاربع والمرض الذي يثبت به حكم الفرار يجيء بيانه
بعد هذا ان شاء الله تعالى **قوله** واذا طلق الرجل امرأته في مرض موته طلاقا بائنا فمات وهي
في العدة ورثته وان مات بعد انقضاء عدتها فلا ميراث لها وهذه من مسائل القدوري وللشافعي
رحمه الله اقوال ذكرها الشيخ ابو نصر البغدادي رحمه الله احدها انها لا ترث سواء مات في العدة
او بعد العدة والاخر انها ترث ما لم تتزوج بزوج اخر وان انقضت العدة وهو قول مالك رحمه الله
والاخر انها ترث وان تزوجت بزوج اخر وهو قول ابن ابي ليلى رحمه الله وجه قول الشافعي ان
سبب الارث قد زال بالطلاق البائن او الثلاث وهو النكاح فلم يجز ان يثبت الحكم بلا سبب كما بعد
العدة وجه قول مالك رحمه الله ان عثمان رضي الله عنه ورث امراة عبد الرحمن بن عوف تماضر
وقال من فر من كتاب الله تعالى يرد عليه ولا فصل فيه بين انقضاء العدة وعدمها بخلاف ما اذا

تزوجت حين رضيت ببطلان حقها ووجه قول ابن ابي ليلى انه فر من حكم كتاب الله تعالى فيرد عليه فترث وان تزوجت ولنا النقل والعقل اما الاول فاجماع الصحابة رضي الله عنهم على توريث الفار بيانه فيما ذكر اصحابنا رحمهم الله في المبسوط وغيره ان عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه طلق امراته تماضر في مرض موته فورثها عثمان رضي الله عنه ولم ينكر عليه احد من الصحابة فحل محل الاجماع وروي عن ابراهيم النخعي انه قال جاء عروة البارقي الى شريح من عند عمر بخمس خصال منهن اذا طلق المريض امراته ثلاثا ورثته اذا مات وهي في العدة وعن الشعبي ان ام البنين بنت عيينة بن حصن كانت تحت عثمان بن عفان فارقها بعد ما حوصر فجاءت الى علي بعد ما قتل واخبرته بذلك فقال تركها حتى اذا اشرف على الموت فارقها فورثها منه وعن عائشة رضي الله عنها ان امراة الفار ترث ما دامت في العدة وعن ابي بن كعب انها ترث ما لم تتزوج وعن ابن سيرين كانوا يقولون لا تختلفون من فر من كتاب الله تعالى رده اليه يعني هذا الحكم فلما كان كذلك تركنا القياس استحسانا باجماع الصحابة رضي الله عنهم قال ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي روي توريث المطلقة ثلاثا في المرض عن عمر وعثمان وعلي وابي بن كعب وعبد الرحمن بن عوف وعائشة وزيد بن ثابت وشريح والشعبي وابراهيم ومحمد بن سيرين ولا نعلم عن احد من الصحابة خلافه الا انهم اختلفوا في كيفية حال التوريث فقال عمر بن الخطاب ترث ما دامت في العدة وقال ابي بن كعب ترث ما لم تتزوج وقال بعضهم ترث وان تزوجت الى هنا لفظ ابي بكر الرازي رحمه الله فان قلت لا نسلم الاجماع لانه روي عن عبد الله بن الزبير رضي الله عنه في حديث تماضر انه قال لو كان الامر الي لما ورثتها قلت قد صح عن ابن الزبير انه قال هذا الكلام في وقت امارته بعد سبق الاجماع والخلاف المتاخر لا يرفع الاجماع السابق ولئن سلمنا انه قال وقت توريث تماضر فنقول انا وبلغه ما ورثها الخلفاء وجه الاستحسان على او نقول كانت تماضر سالت الطلاق فاعتقد ابن الزبير ان سوالها يسقط الارث وبه نقول ولكن عثمان رضي الله عنه لما ورثها عند وجود سوال الطلاق فعند عدمه اولى واما الثاني وهو العقل فهو انه قصد ابطال حق المراة فيرد عليه قصده كما اذا وهب جميع ماله في مرض الموت وذاك لان الزوجية في مرض الموت سبب للارث وقد ابطله فيرد عليه فجعل كان النكاح قايم في حق الارث حكما دفعا للضرر عنها يوضحه ان مرض الموت زمان تعلق حق الوارث بمال المورث ولهذا يمنع من التبرع بما زاد على الثلث فيبقى النكاح في حق الارث كما لو كان الطلاق رجعيا فان قلت لا نسلم ان النكاح قايم اصلا ولهذا يجب عليه الحد اذا وطيها ولا ترث اذا كان الطلاق برضاها وكذلك لا ترث اذا كان الطلاق قبل الدخول وكذا لا ترث اذا مات بعد انقضاء العدة وكذا لا ترث اذا برا ثم مات وهي في العدة فصار كما اذا ماتت المراة حيث لا ارث له منها قلت اما الجواب عن وجوب الحد فنقول ذاك باعتبار ارتفاع الحل ولم يدل على ارتفاع النكاح له اصلا وهو قايم من وجه ولهذا لا يجوز للمعتدة ان تتزوج بزوج اخر فلما كان النكاح قايما من وجه في حق بعض الاثار جعل قايما ايضا حكما في حق الارث دفعا للضرر عنها والجواب عن الطلاق برضاها فنقول رضيت ببطلان حقها فلا ترث لعدم الفرار من الزوج والجواب عن الطلاق قبل الدخول فنقول لما لم تجب العدة لم يمكن ابقاء النكاح حكما ولان الزوج وان قصد ابطال حقها قصد الى خلف لانه مكنها من التزوج بزوج اخر وتحصيل المهر منه فلم يجعل ابطالا والجواب عن انقضاء العدة انها لما تمكنت من التزوج بزوج اخر حل لها ذلك وجد المنافي للنكاح الاول

لم يجعل فارا حكما والجواب عما اذا ابراته ثم مات فنقول لما برا تبين ان حقها لم يكن متعلقا بمال الزوج زمان الطلاق فلم يوجد قصد ابطال الحق فلم يجعل النكاح قايما حكما والجواب عن موت المراة فنقول مرض موت الرجل سبب لتعلق حق المراة بماله لا لتعلق حق الزوج بمالها لانها صحيحة فلم يعتبر الزوجية باقية في حق الرجل لا حقيقة ولا حكما او نقول رضي الزوج ببطلان حقه له بالتطليق فلم يرث منها قال في مختصر الكافي وان كانت المراة امة او يهودية او نصرانية فابانها ثم في مرضه بغير امرها ثم اعتقت الامة واسلمت الكافرة ثم مات وهي في العدة فلا ميراث لها منه لانه لم يكن فارا من ميراثها يوم طلق لانه لم يتعلق حقها بماله قوله بهذا العارض اي بعارض الطلاق البائن قوله وهي السبب اي الزوجية سبب الارث قوله ولهذا لا يرثها اذا ماتت ايضاح لقوله لان الزوجية قد بطلت بهذا العارض قوله فيرد عليه قصده بتاخير عمله اي يرد على الزوج قصد الزوج وهو قصد ابطال الارث بتاخير عمل قصده يعني بتاخير عمل الطلاق الى انقضاء العدة وكان الطلاق لم يوجد في حق الارث دفعا للضرر قوله لان النكاح في العدة يبقى في حق بعض الاثار ولهذا تجب لها السكنى ولا يجوز لها التزوج باخر قوله لا امكان اي لتاخير عمل الطلاق قوله والزوج في هذه الحالة ليست بسبب له لارثه عنها فتبطل جواب عن قوله ولهذا لا يرثها اذا ماتت وقد مر بيانه واراد بقوله في هذه الحالة ما اذا كان الزوج مريضا مرض الموت وقوله فتبطل في حقه بالرفع لا غير اي فتبطل الزوجية بالطلاق البائن في حق الرجل حقيقة وحكما فلا يرثها اذا ماتت لبطلان الزوجية اصلا بخلاف ما اذا مات الزوج حيث ترثه المراة لان الزوجية وان بطلت بالطلاق البائن حقيقة جعلت باقية حكما في حقها دفعا للضرر عنها لانه قصد ابطال حقها ولا يجوز ان يقال بالنصب جوابا للنفي لانه حينيذ ينعكس الغرض لانه يكون معناه لو كانت الزوجية سببا لارث الزوج عنها لتبطل ولكنها ليست بسبب فلا تبطل فاذا لم يبطل الزوجية يجب ان يرثها ولا يقول به احد لا نحن ولا الشافعي والذي وقع في بعض الشروح من نصب اللام سهو قوله فان طلقها ثلاثا بامرها او قال لها اختاري فاختارت نفسها او اختلعت منه ثم مات وهي في العدة لم ترثه وهذه من خواص الجامع الصغير اي قالت له طلقني ثلاثا فطلقها في مرض موته لا ترثه وكذا اذا خيرها في مرض موته وقال اختاري فقالت اخترت نفسي لا ترثه وكذا اذا اختلعت منه في مرض موته لا ترثه وذلك لانها لما سالت الطلاق او اختارت نفسها او اختلعت فقد رضيت ببطلان حقها وانما كنا اخرنا عمل الطلاق الى انقضاء العدة رعاية لحقها دفعا للضرر عنها فلما رضيت ببطلان حقها لم يبق الحاجة الى التاخير وهذا معنى قوله والتاخير لحقها اي تاخير عمل الطلاق لحق المراة ولان الارث انما وجب في طلاق الفار لعدوان الزوج ولا عدوان على المراة مع رضاها باسقاط حقها قوله وان قالت طلقني للرجعة فطلقها ثلاثا ورثته وهذه ايضا من الخواص وذاك لان الطلاق الرجعي ليس بمبطل للنكاح فلا يوجد الرضا ببطلان حقها بسوال الطلاق الرجعي فكان الزوج فارا فورثته قوله فلم تكن بسوالها راضية ببطلان حقها والسوال مصدر سالها الشيء وهو من اضافة المصدر الى الفاعل والمفعول متروك اي بسوال المراة له الطلاق الرجعي وفي بعض النسخ بسواله بتذكير الضمير المضاف اليه وهو من اضافة المصدر الى المفعول والفاعل متروك اي بسوال الطلاق الرجعي والمصدر من سال له عن الشيء ايضا سوال فافهم قوله وان قال لها في مرضه قد كنت طلقتك ثلاثا في صحتي وانقضت عدتك

نصدقته ثم اقر لها بدين او اوصى لها بوصية فلها الاقل من ذلك ومن الميراث عند ابي حنيفة رحمه الله
وقال ابو يوسف يجوز اقراره ووصيته وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة اعلم ان المريض
مرض الموت اذا قال لامرأته قد طلقتك ثلاثا في صحتي وانقضت عدتك فصدقته المرأة بذلك
فلا ميراث لها لان الثابت بالتصادق كالثابت بالبينة في حقهما ثم بعد ذلك اذا اقر لها بشيء او اوصى
لها بشيء فلها الاقل من الميراث والمقر به والوصية عند ابي حنيفة رضي الله عنه فان كان الميراث
اقل يعطى لها ذلك وان كان المقر به او الوصية اقل من الميراث يعطى ذلك وقال ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله لها جميع ما اقر به لها او اوصى به لها سواء كان اقل من الميراث او اكثر لانها صارت
اجنبية عنه بثبوت الطلاق وانقضاء العدة في الصحة ولهذا لا ميراث لها منه ويجوز لها ان
تتزوج بزوج اخر وتصح شهادته لها ووضع الزكاة فيها فصار اقراره ووصيته لها كاقراره
ووصيته لسائر الاجانب لعدم التهمة بدليل هذه الاحكام ولان المانع من الاقرار والوصية
كونها وارثة وقد انعدم كونها وارثة بانقضاء العدة بيقين ولابي حنيفة رضي الله عنه انهما
متهمان في اسنادهما الطلاق وانقضاء العدة الى حالة الصحة وقول المتهم مردود فلا يصح
اقراره ووصيته بيانه ان نصيبها من الميراث ربما يكون شيئا قليلا فيتواضعان على الطلاق
وانقضاء العدة في الصحة كي ينفتح باب الاقرار والوصية فتثبت التهمة في الزيادة على قدر
الميراث فلا يصح الزيادة ولا تهمة في قدر الميراث فيعطى لها ذلك ولا تهمة في المسائل المذكورة
فصحت لعدم المواضعة على ذلك عادة ولهذا اذا طلقها ثلاثا في مرض موته بسؤالها ثم اقر
لها او اوصى لها يكون لها الاقل بالاتفاق للتهمة في الزيادة على قدر الميراث الا على قول زفر رحمه
الله وجه قوله ان المانع من الاقرار والوصية هو الميراث وقد انتفى ذلك بسؤال المرأة الطلاق
فصح الاقرار والوصية ولنا ان تهمة التواضع قائمة والعرف فيما بين المسلمين ان التهمة امر
مبطن فيدار الحكم على السبب الظاهر الداعي اليها وذلك قيام العدة في الثانية دون الاولى
قوله في المسألة الاولى اي فيما اذا قال لها في مرضه كنت طلقتك ثلاثا في صحتي وانقضت
عدتك فصدقته **قوله** بخلاف المسألة الثانية وهي ما اذا طلقها ثلاثا في مرضه بامرها
قوله وهي سبب التهمة والحكم يدار على دليل التهمة اي الحكم يترتب على دليل التهمة ويثبت
به **قوله** ولهذا يدار على النكاح اي لا يجوز شهادة احد الزوجين للاخر للتهمة وقوله والقرابة
اي لا يجوز شهادة القريب للقريب يعني قرابة الولاد لانه يجوز شهادة الاخ للاخ لانعدام التهمة **قوله**
ولا عدة في المسألة الاولى فلا تثبت التهمة لعدم دليلها **قوله** فرددناها اي الزيادة
فصححناه اي قدر الميراث **قوله** ولا مواضعة عادة في حق الزكاة والتزوج والشهادة يعني
ان المانع عن ثبوت قدر الزيادة على الميراث هو التهمة والتهمة باعتبار المواضعة ولا
مواضعة في هذه الاشياء عادة فلا يثبت التهمة والمواضعة عبارة عن وضع الشخصين
رأيهما على شيء واحد والتهمة معروفة ويجوز في عينها السكون والفتح والاكثر الفتح والسكون
حسن كذا قال عبد القاهر في المقتصد **قوله** قال ومن كان محصورا او في صف
القتال فطلق امرأته ثلاثا لم ترثه اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن
يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في المحصور يطلق امرأته ثلاثا قال لا ترث فكذلك ان
كان في صف القتال فطلق امرأته ثلاثا لم ترث وان بارز رجلا فطلق امرأته ثلاثا ورثت
اذا مات من ذلك الوجه وهي في العدة وكذلك ان قدم ليقتل في قصاص او ليرجم في زنا فطلقها

فانها ترث في العدة اذا مات في ذلك الوجه او قتل قال صاحب الهداية قوله اذا مات في
ذلك الوجه او قتل دليل على انه لا فرق بينهما اذا مات بذلك السبب او بسبب اخر
كصاحب الفراش بسبب المرض اذا قتل وهذا هو ظاهر الرواية عن اصحابنا رضي الله
عنهم وهو المذكور في مختصر الكافي والمبسوط والشامل وقال شمس الائمة السرخسي في مبسوطه
كان عيسى بن ابان يقول لا ميراث لها لان مرض الموت ما يكون سببا للموت ولما مات بسبب اخر
فقد علمنا ان مرضه لم يكن مرض الموت ولنا ان الموت اتصل بالمرض والسبب الاخر متمم له
ولا منافاة فيثبت الفرار فتحقق ثم اعلم ان مرض الموت زمان تعلق حق الوارث بمال المورث
فتورثه اذا مات وهي في العدة دفعا للظلم والعدوان ثم كل سبب يكون الهلاك منه غالبا
يثبت حكم الفرار فيكون ذلك السبب في حكم مرض الموت وما كان الغالب منه السلامة
وان كان يخاف الهلاك منه فلا يعطى له حكم المرض بيانه ما اذا خرج للمبارزة او قدم
ليقتل في قصاص او رجم او انكسرت السفينة فبقي على لوح او وقع في فم سبع يصير
فارا بالطلاق في تلك الحالة لان الغالب هو الهلاك اما اذا كان محصورا في حصن او واقفا
في صف القتال او نازلا في مسبعة او راكبا سفينة او محبوسا لاجل قود او رجم لا يثبت
حكم الفرار بالطلاق في تلك الحالة لان الغالب هو السلامة وقال شمس الائمة السرخسي
في شرح الكافي والمقعد والمفلوج ما دام يزداد ما به فهو كالمريض فان صار قديما لا يزداد
بمنزلة الصحيح في الطلاق وغيره وقال الحاكم الشهيد رحمه الله في مختصر الكافي وحد المريض
الذي يكون فارا ان يكون صاحب فراش قد اضناه المرض فاما الذي يجيء ويذهب في حوائجه
فلا يكون فارا وان كان يشتكي او يحم وقال الكرخي في مختصره قال الحسن بن زياد قال ابو حنيفة
انما يكون فارا اذا كان مضنى لا يقوم الا بالشدة وهو في حال تعذر في اداء الصلاة جالسا وقال
شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي قد تكلف بعض المتأخرين فقالوا اذا كان يجيء يخطو
ثلاث خطوات من غير ان يستعين باحد فهو في حكم الصحيح ثم قال وهذا ضعيف فان
المريض جدا لا يعجز عن هذا القدر اذا تكلف فكان المعتبر ما قلنا وهو ان يكون صاحب
فراش قال وفي كتاب الوصايا من كتاب خلاصة الفتاوى سمعت من الشيخ الامام ظهير الدين
المرغيناني انه كان يحكي عن شيخه شمس الاسلام ان المعتبر في حق الفقيه ان لا يقدر على
الخروج الى المسجد وفي السوقي ان لا يقدر على الخروج الى الدكان وفي المرأة ان لا يقدر على
الخروج الى السطح ولو كان المريض يقوم بحوائجه في البيت كالمشي الى الخلاء ولا يقوم بحوائجه
خارج البيت على التفصيل الذي ذكرنا فهو في حكم مرض الموت عند عامة مشايخ بخاراه
وعند عامة مشايخ بلخ هو في حكم الصحيح الى هنا لفظ الخلاصة والمحصور المحبوس يقال
حصرته احصره حصرا اذا حبسته **قوله** كما اذا كان صاحب الفراش نظيره مرض يخاف
منه الهلاك غالبا **قوله** وهو ان يكون بحال لا يقوم بحوائجه وهذا تفسير كونه
صاحب الفراش يعني ان صاحب الفراش هو الذي لا يقوم بحوائجه كالذهاب الى المسجد
والى قضاء حاجته قال في الجمهرة الحائجة والحوجاء والحاجة بمعنى واحد وعلى هذه
اللغة قيل حوائج في جمع حاجة هكذا حكى عبد الرحمن عن عمه **قوله** وكذا المنعة
هي بالفتحات يقال فلان في منعة من قومه اي في عز يعني كونه واقفا في الصف بين قومه
يمنع ويدفع بأس العدو **قوله** فلا يثبت به حكم الفرار اي بكونه محصورا في الحصن

او بكونه في صف القتال قوله ولهذا اخوات تخرج على هذا الحرف وحرف كل شيء حده وناحيته يعني على هذا الاصل اي لهذا المذكور اخوات من المسائل تخرج تلك المسائل على الاصل الذي ذكرنا وذلك الاصل ثبوت حكم الفرار بما هو في معنى المرض في توجه الهلاك الغالب وعدم ثبوته فيما كان الغالب منه السلامة والمسائل ذكرناها قبل هذا فلا حاجة الى الاعادة واراد بالمذكور المحصور والواقف في صف القتال والمبارز والذي قدم ليقتل قوله واذا قال الرجل لامراته وهو صحيح اذا جاء راس الشهر او اذا دخلت الدار او اذا صلى فلان الظهر او اذا دخل فلان الدار فانت طالق وكانت هذه الاشياء والزوج مريض لم ترث وان كان القول في المرض ورثت الا في قوله اذا دخلت الدار وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة اعلم ان تعليق الطلاق لا يخلو من وجوه اربعة اما ان يعلقه بامر سماوي كمجيء الوقت او بفعل الاجنبي او بفعل نفسه او بفعل المراة وكل واحد منها على وجهين اما ان يكون التعليق والوقوع في المرض او التعليق في الصحة والوقوع في المرض ففي الوجهين الاولين وهما التعليق بامر سماوي والتعليق بفعل اجنبي بان قال اذا جاء راس الشهر فانت طالق او قال اذا صلى زيد الظهر او دخل الدار فانت طالق فان كان التعليق والوقوع في المرض يتحقق به الفرار وترث لانه قصد الى ابطال حقها في حال تعلق حقها بماله اما اذا كان التعليق في الصحة والوقوع في المرض فعندنا لا ترث وعند زفر ترث له ان المعلق بالشرط كالمنجز عند وجوده فلو نجز في مرض الموت كان فارا فكذا اذا وجد الشرط في المرض ولنا انه لم يوجد منه الفرار فلا ترث بيانه انه حين علق حين كان صحيحا ولم يكن حق المراة متعلقا بماله فلم يوجد الفرار وحين وجد الشرط لم يوجد فعل من الزوج لان الشرط امر سماوي او فعل الاجنبي والزوج ليس بقادر على ابطال التعليق ولا على منع الفعل السماوي ولا على منع الاجنبي من ايجاد الشرط فلم يكن فارا فلا ترث لعدم قصد العدوان من الزوج واما الوجه الثالث وهو ما اذا علقه بفعل نفسه فانه يصير فارا سواء كان التعليق والوقوع في المرض او الوقوع وحده في المرض وسواء كان الفعل له منه بد او لم يكن بد كالاكل والصلاة لانه قصد الى ابطال حقها اما اذا كان التعليق في المرض فظاهر واما اذا كان التعليق في الصحة والشرط في المرض فكذلك لانه لما باشر الشرط في المرض باختياره ثبت العدوان فترث دفعا لذلك وانما استوى الفعلان لانه وان لم يكن له من ايجاد الشرط بد فله من التعليق الف بد فكان فارا واما الوجه الرابع وهو ما اذا علقه بفعل المراة فان كان التعليق والوقوع في المرض والفعل فعل لها منه بد ككلام اجنبي ودخول الدار ونحو ذلك فلا يتحقق الفرار لانها رضيت باسقاط حقها حيث باشرت الشرط ولا عدوان من الزوج مع رضا المراة فصار كما لو سالته الطلاق فطلقها وان كان لا بد لها من ذلك الفعل كالاكل والشرب والصلاة المكتوبة وكلام الابوين واستيفاء الدين فلها الميراث اذا مات وهي في العدة لتحقق الفرار لانه لا رضا مع الاضطرار بيانه انها لو لم تاكل ولم تشرب تهلك ولو لم تصل تعاقب فحصل الاضطرار فانتفى الرضا وان كان التعليق في الصحة والوقوع في المرض فان الفعل مما لها منه بد فلا ترث بالاتفاق لرضاها باسقاط حقها وان لم يكن لها بد كالاكل والصلاة فعند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ترث خلافا لمحمد وزفر وجه قول محمد ان القصد الى الفرار لم يتحقق زمان التعليق لانه كان صحيحا حينئذ ولم يكن حقها متعلقا بماله وكذا زمان الشرط لانه لم يوجد منه صنع فكان كالتعليق بامر سماوي او بفعل الاجنبي ولابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ان المراة مضطرة في الاقدام على فعل الشرط

لانها ان لم تاكل تخاف على نفسها وان لم تصل تخاف العقوبة فكانت مضطرة ملجاة فصار كان الفعل وجد من الزوج حكما فورثت لوجود الاضطرار المنافي للرضا قوله وكانت هذه الاشياء اي وجدت او وقعت لان كان هذه تامة تتم بالمرفوع قوله ورثت الا في قوله اذا دخلت الدار اي لا ترث اذا دخلت لانها رضيت ببطلان حقها بمباشرة فعل لها منه بد قوله في حال تعلق حقها بماله وهو حال المرض الذي يخاف منه الهلاك ولهذا لا يجوز له ان يوصي باكثر من الثلث بلا اجازة الورثة قوله فكان ايقاعا في المرض اي فكان المعلق بالشرط ايقاعا في المرض قلنا سلمنا ان المعلق بالشرط كالمنجز عنده لكن حكما لا قصدا فلا يتحقق به العدوان بلا قصد فلا يثبت الفرار لانه كان صحيحا وقت التعليق قوله او كانا في المرض اي كان التعليق والشرط في المرض قوله والفعل مما له منه بد اي الفعل في للزوج من ذلك الشيء بد ككلام زيد مثلا او لا بد له منه اي او الفعل لا بد للزوج منه كالاكل والصلاة ونحو ذلك قوله وصلاة الظهر وتقييدها اتفاقي لا احترازي لان الحكم في سائر المكتوبات كذلك او تخصيصها باعتبار انها اسبق في الفهم بحسب الاولوية لانها اول صلاة فرضت قوله في الدنيا او في العقبى يعني انها ان لم تاكل تخاف على نفسها الهلاك في الدنيا واذا لم تصل المكتوبة او لم تتكلم مع ابويها تخاف العقوبة في العقبى قوله فكذلك الجواب عند محمد اي لا ميراث لها قوله كما في الاكراه يعني اذا اكره زيد عمروا على اتلاف مال الغير فاتلفه عمرو يضمن زيد لان المكره صار كانه آلة للمكره فانتقل فعل المكره الى المكره فكذا فيما نحن فيه لما كانت المراة مضطرة انتقل فعلها الى الزوج فصار كانه فعل الشرط في مرض موته فورثت لكونه فارا قوله واذا طلقها ثلاثا وهو مريض ثم صح ثم مات لم ترث وقال زفر ترث وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة ولكن لم يذكر خلاف زفر فيه وفي الاصل ايضا وكذا لم يذكره الحاكم في مختصره وانما ذكره شمس الائمة السرخسي في شرح المختصر لزفر انه صار فارا بالفرار حين طلقها في مرضه ولا يعتبر البرء المتخلل فكانه لم يبرا بين الطلاق والموت ولنا ان المطلقة في المرض انما ترث لتحقق الفرار من الزوج ولم يوجد الفرار فلا ترث وذلك لان الفرار انما يتحقق بالطلاق في مرض الموت ومرض الموت هو الذي يتصل به الموت فلما تخلل البرء علم ان المرض الذي وقع فيه الطلاق لم يكن مرض الموت فجعل ذلك المرض كان لم يكن فكانه طلقها في صحته ثم مرض ثم مات قوله ولو طلقها فارتدت والعياذ بالله ثم اسلمت ثم مات من مرضه وهي في العدة لم ترث وان لم ترتد بل طاوعت ابن زوجها في الجماع ورثت وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة اعلم ان المريض مرض الموت اذا طلق امراته ثلاثا او بائنا ثم ارتدت ثم اسلمت ثم مات من مرضه وهي في العدة فلا ميراث لها لان الردة منافية للارث ولا يعود حقها بالاسلام لانه في معنى ابتداء ثبوت الحق وليس بينهما نكاح قائم في الحال بخلاف ما اذا طاوعت ابن زوجها في العدة بعد الابانة حيث لا يبطل ميراثها بالمطاوعة لانها لم تؤثر في الفرقة لان الفرقة حصلت بالابانة لا بالمطاوعة والمنافي للمحرمية وهو الحل زال بالطلاق السابق والباقي وهو الارث لا ينافيه المحرمية ولهذا يرث المحرم من المحرم فتثبت المطاوعة في العدة بخلاف ما اذا طاوعت ابن زوجها قبل الطلاق او اكرهها ابن زوجها فغلب على نفسها حيث لا يكون لها الميراث اذا طلقها الزوج بعد ذلك اما اذا طاوعت فظاهر لانها رضيت ببطلان حقها بمباشرة سبب الفرقة

وكذا اذا اكرهها ابن زوجها لان النكاح لما بطل بالحرمة الحاصلة بحرمة المصاهرة لم يصادف طلاق الزوج محله فلم يكن فارا الا اذا امر ابنه بذلك فاكرهها حينئذ يكون لها الميراث لانه لما امر صار قاصدا الى اسقاط حقها فصار فارا وان كان الزوج هو المرتد بعد ما ابانها فلا يبطل ميراثها لان المسقط للارث لم يوجد من جهتها وانما تكرر سبب الفرار من الزوج اعني الردة بعد الطلاق وبه يتقرر حقها ولا يبطل قوله وهو الباقي اي الارث هو الباقي قوله ببطلان السبب اي سبب الارث وهو النكاح قوله لتقدمها عليها اي لتقدم الطلقات على المطاوعة قوله فافترقا اي افترق ارتداد المراة بعد الابانة ومطاوعتها بعد الابانة حيث لم ترث في الاولى وورثت في الثانية قوله ومن قذف امرأته وهو صحيح ولاعن في المرض ورثت وقال محمد لا ترث وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل قذف امرأته وهو صحيح ثم لاعنها وهو مريض ففرق بينهما ثم مات وهي في العدة قال ترثه وقال محمد لا ترثه ولو قذفها في المرض ورثت في قولهم جميعا والحاصل ان عند ابي حنيفة وابي يوسف لها الميراث سواء كان القذف في الصحة او في المرض وعند محمد ان كان القذف في صحته فلا ميراث لها منه وهذه بناء على ما تقدم من مسئلة التعليق بفعل لا بد لها منه وذلك لان الفرقة انما تضاف الى الزوج لانه صاحب سبب لكنها ملجأة بخصومة المراة وهي مضطرة في الخصومة لدفع العار فما لم تكن راضية ببطلان حقها فجعل الزوج مطلقا في المرض حكما باعتبار الشرط فكان لها الميراث لوجود الفرار منه بالطلاق في المرض وعند محمد وزفر لا ميراث لها لعدم الفرار لان سبب الفرقة قذف الرجل ولم يكن قذفه في زمان تعلق حقها بماله قال شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي وشمس الائمة البيهقي في الشامل اذا فرق بين العنين وامرأته في مرضه ثم مات وهي في العدة فلا ميراث لها منه لانها صارت راضية بسقوط حقها حين اختارت الفرقة وكانت تجد بدا من هذا الاختيار بان تصبر حتى يموت الزوج فتتخلص منه وكذلك المعتقة اذا اختارت الفرقة وهذا اولى لان الفرقة هنا انما تقع بمجرد اختيارها نفسها وهي غير مضطرة الى ذلك قوله وقد بينا الوجه فيه اي بينا وجه هذه المسئلة في التعليق بفعل لا بد لها منه عند قوله وان كان مما لا بد لها منه فكذلك الجواب عند محمد الى آخره قوله وان آلى وهو صحيح ثم بانت بالايلاء وهو مريض لم ترث وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة ايضا وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه قال في صحيح آلى من امرأته ثم تمت الاربعة الاشهر وهو مريض فبانت وهي في العدة لم ترث وذلك لان البينونة مضافا الى ايلاء الزوج وقد وقع ذلك في حال الصحة ولم يوجد من الزوج في المرض فعل آخر من مباشرة علة او شرط فلا يكون فارا وهذه فرع التعليق بمجيء الوقت لان المولي يصير كانه قال ان مضت اربعة اشهر ولم اقربك فيها فانت طالق تطليقة بائنة وقد بينا ان التعليق اذا كان في الصحة لا ترث خلافا لزفر لان الشرط امر سماوي ليس للعبد فيه اختيار ولم يوجد من الزوج في المرض فعل آخر فلم يكن فارا ولو كانت الايلاء في المرض ورثت وهذا ظاهر لانه قصد الى ابطال حقها في زمان تعلق حقها بماله فكان فارا قوله قال والطلاق الذي يملك فيه الرجعة ترث به في جميع الوجوه اي قال صاحب الهداية ان في الطلاق الرجعي لها الميراث في جميع الصور سواء نجز او علق بالوجوه الاربعة المذكورة في التعليق وذلك لان الطلاق الرجعي ليس بقاطع للنكاح فلا يثبت به الرضا بالعدوان ولهذا حل له الوطي ما دامت في العدة فكان لها الارث ايضا لقيام سبب الارث وهو النكاح حكما قوله وكل ما ذكرنا انها ترث انما ترث اذا مات وهي في العدة وقد بيناه اراد به

ما بينه

ما بينه في اول الباب بقوله واذا طلق الرجل امرأته في مرض موته طلاقا بائنا فمات وهي في العدة ورثته وان مات بعد انقضاء عدتها فلا ميراث لها وتمام التقرير استقصيناه في ذلك الموضع فينظر ثمة والله اعلم

باب الرجعة

لما ذكر انواع الطلاق وذكر صفة موقعه صحة ومرضا شرع في بيان الرجعة للمناسبة لان الرجعة تقتضي سابقة الطلاق ثم الرجعة من قولهم رجع يرجع رجعا ورجوعا ورجعته الى اهله اي رددته اليهم ويقال الى الله مرجعك ورجوعك ورجعاك ورجعانا لو ارتجاعك وطلق فلان امرأته طلاقا يملك فيه الرجعة والرجعة كذا قاله ابن دريد قوله اذا طلق الرجل امرأته تطليقة رجعية او تطليقتين فله ان يراجعها في عدتها رضيت بذلك او لم ترض وهذه من مسائل القدوري ثم الاصل في ثبوت الرجعة قوله تعالى فاذا بلغن اجلهن فامسكوهن بمعروف او فارقوهن بمعروف واشهدوا ذوي عدل منكم يعني اذا بلغن منتهى عدتهن فانتم بالخيار ان شئتم فالرجعة والامساك من غير ضرار وان شئتم فالمفارقة من غير ضرار وقوله تعالى وبعولتهن احق بردهن في ذلك ان ارادوا اصلاحا والبعولة جمع البعل وهو الزوج وقوله تعالى الطلاق مرتان فامساك بمعروف او تسريح باحسان وروى صاحب السنن باسناده الى سعيد بن جبير عن ابن عباس عن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم طلق حفصة ثم راجعها واخرجه النسوي وابن ماجة وروى البخاري في الصحيح وغيره ان ابن عمر رضي الله عنه طلق امرأته وهي حائض تطليقة واحدة فامره رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يراجعها وروى ان النبي صلى الله عليه وسلم طلق سودة بقوله اعتدي ثم راجعها وانما اشترط قيام العدة لان الرجعة عبارة عن استدامة الملك ولا ملك بعد انقضاء العدة فلا يتحقق الاستدامة لعدم الملك بعد العدة والدليل على انها استدامة الملك ان الملك لو لم يكن باقيا في العدة لم يكن له ان يطلقها ثانيا وثالثا بعد ويراجعها بلا رضاها ولانه قال تعالى سمى الرجعة امساكا وهو الابقاء بدليل عطف التسريح والمفارقة عليه وهذا لان العطف يقتضي المغايرة فدل على عدم زوال الملك ما دامت في العدة فيكون الرجعة استبقاء واستدامة للملك لا محالة فعن هذا عرف ان الطلاق الرجعي في الحال سبب لزوال الملك عند انقضاء العدة ولزوال الحل الحلية عند استيفاء عدد الطلاق وانما لا يعتبر رضاها وكذا لا يعتبر رضا الولي لقوله تعالى فامسكوهن مطلقا عن قيد الرضا ولقوله تعالى وبعولتهن احق بردهن فلو كان رضاها معتبرا لم يكن البعل احق بالرد لانها ربما لا ترضى بالرجعة ولان الرجعة وضعت لاستدراك الزوج حقه من النكاح لقوله تعالى لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك امرا فلا يشترط رضا المراة والولي كما في الايلاء قوله من غير فصل يعني ان النص لم يفصل بين رضا المراة وعدمه بل اثبت الرجعة مطلقا قوله من غير فصل يعني ان النص لم يفصل بين رضا المراة وعدمه بل اثبت الرجعة مطلقا قوله والرجعة ان يقول راجعتك او راجعت امرأتي هذا لفظ القدوري ولا خلاف فيه لاحد لان الرجعة بالقول تصح بالاجماع قوله قال او يطأها او يقبلها او يلمسها بشهوة او ينظر الى فرجها بشهوة اي قال القدوري وهو عطف على قوله ان يقول اعلم ان الطلاق الرجعي وهو الطلاق الواقع بصريح الطلاق بعد الدخول غير مقرون بالثلاث في الحرة وبالثنتين في الامة ولا بالعوض وغير موصوف بالتشبيه ولا بالشدة والواقع باحد ثلاثة الفاظ من الكنايات وهي قوله انت واحدة واعتدي واستبرئي رحمك لا يحرم الوطي عندنا ويحرمه عند الشافعي رحمه الله فقبل

الرجعة له قوله تعالى وبعولتهن احق بردهن في ذلك ان ارادوا اصلاحا بيانه ان الرد اعادة
الى الحالة الاولى وهي تقتضي زوال النكاح لا محالة فعلم ان الطلاق الرجعي مزيل للنكاح محرم للوطي
ولان الاصلاح لا يكون الا بعد تمكن الفساد وذاك بحرمة الوطي يدل عليه الاحكام وهي انه لا
تحل له الخلوة معها والمسافرة بها ولو جاءت بولد لسنتين يثبت النسب ولا يصير مراجعا ويجعل
العلوق من قبل الطلاق ولو كان يحل الوطي لا يستند العلوق الى اقرب الاوقات وهو ستة اشهر
ولنا قوله تعالى وبعولتهن احق بردهن سماهم بعولة والبعل هو الزوج فدل على بقاء الزوجية
فلما بقيت الزوجية كان الوطي حلالا لقوله تعالى والذين هم لفروجهم حافظون الا على ازواجهم
ولان الله تعالى سمى الرجعة امساكا وحقيقة الامساك بالفعل فكان له الرجعة بالفعل ولان النكاح
بعد الطلاق الرجعي قائم من كل وجه بدليل انه يملك مراجعتها بلا رضاها لقوله تعالى
وبعولتهن احق بردهن فلو كان النكاح زايلا من وجه او من كل وجه لم يملك مراجعتها بلا رضاها
فلما كان النكاح قائما من كل وجه حل وطيها قبل الرجعة لقوله تعالى الا على ازواجهم يدل عليه
الاحكام وهي صحة الظهار والايلاء واللعان وتوارثهما وملك الاعتياض بالخلع فلو لم يكن الملك
باقيا لم يملك الاعتياض ولهذا الوطي لها في العدة يصح فلو كان ملك النكاح زايلا لم يملك الطلاق
ثانيا لان المزال لا يزول ولان الرجعة استدامة الملك لقوله تعالى فامسكوهن ودلالة الاستدامة
كما تكون بالقول تكون بالفعل لان دلالة الاستدامة انما تكون بالفعل المختص بالنكاح وهذه
الافعال اعني الوطي والقبلة والنظر الى الفرج بشهوة مختصة بالنكاح في الحرة حتى لا تحل هذه
الاشياء الا اذا وجد النكاح فكانت دليلا على بقية النكاح بخلاف ما اذا لم تكن عن شهوة حيث لا تختص
بالنكاح فلم تكن دليلا على استدامة الملك الا ترى ان الرجل يحل له ان يقبل امه وبنته من غير
شهوة ويحل النظر الى الفرج من غير شهوة كنظر القابلة والطبيب والشاهد والخافضة
والجواب عما ذكر الشافعي رحمه الله فنقول سلمنا ان الرد اعادة الى الحالة الاولى ولكن لا نسلم
ان تلك الحالة ملك النكاح بل المراد منه انها لا تبين بعد الرجعة اذا انقضت مدة العدة قبل
الطلاق والمراد من الاصلاح اصلاح ما بينهم وبينهن من الخلاف الواقع والاحسان اليهن في
الرجعة من غير ضرار في تطويل العدة فلم يدل على حرمة الوطي ولا نسلم ان الخلوة لا تحل معها
اذا كان من قصده الرجعة وكذا المسافرة معها تحل اذا كان بقصد الرجعة وانما لا تثبت
المراجعة اذا جاءت بالولد لسنتين للشك لانه ان كان العلوق قبل الطلاق لا يثبت الرجعة
وان كان بعده تثبت فلا تثبت بالشك لا لان الطلاق الرجعي محرم للوطي ولهذا الو زاد
احتمال العلوق قبل الطلاق بان جاءت بالولد لاكثر من سنتين يثبت النسب ويصير مراجعا
فان قيل قوله تعالى احق بردهن فيه اشارة الى ان لغير
الزوج في الرجعة حقا لان الاحق افعل التفضيل فيقتضي الاشتراك في اصل الفعل بين
المفضل والمفضل عليه فاذا كان لغير الزوج حق فلا يجوز ان يراجعها بلا رضاها لان الحق
وان قل يمنع الابطال قلنا هذا السؤال ساقط لان
الرجعة تصح بلا رضا المراة بالاجماع ولا نسلم ان افعل التفضيل يقتضي الاشتراك لا محالة لانه
يجي لزيادة مطلقة كما في قولهم الناقص والاشج اعدلا بني مروان وقد ارادوا العادلين فان
قيل الرجعة فسخ الطلاق عند الشافعي فلما كانت فسخا لم يحتج
الى رضاها لا لان عدم رضاها دال على ان النكاح قائم قلنا لا نسلم ان

الطلاق

الطلاق يقبل الفسخ وحكم الطلاق زوال القيد وسقوط الملك والساقط والزايل متلاشي
والمتلاشي لا يقبل الفسخ لان الفسخ يرد على قائم على انا نقول لو كانت فسخا للطلاق لم ينتقص من
عدد الطلاق شيء فينتقص بالاجماع فعلم انها ليست بفسخ قوله هو استدامة النكاح على ما
بيناه ذكر الضمير الراجع الى الرجعة بالتذكير وان كان حقه التانيث على تاويل الرجوع
وتذكير المونث على التاويل سايغ كما في قوله ولا ارض ابقل ابقالها اي ولا مكان واراد بقوله
ما بيناه قوله الا ترى انه سمى امساكا قوله وسنقرره ان شاء الله تعالى اي في اخر هذا الباب
عند قوله والطلاق الرجعي لا يحرم الوطي في بيان الدليل قوله والفعل قد يقع دلالة على الاستدامة
كما في اسقاط الخيار بيانه انه اذا باع امته على انه بالخيار ثلاثة ايام ثم وطيها في مدة الخيار يكون الوطي
دليلا على استدامة الملك فيسقط الخيار فكذلك في الطلاق الرجعي يدل الوطي على استدامة الملك بل
اولى لان هنالك يحتاج الى فسخ السبب المزيل وهو البيع وهنا لا يحتاج الى فسخ السبب المزيل وهو
الطلاق لانه لا يقبل الفسخ فدل بالطريق الاولى على الاستدامة والجامع وجود السبب المزيل قوله
وهذه الافاعيل تختص به اي بالنكاح واراد بالافاعيل النظر الى الفرج الداخل بشهوة والتقبيل
بشهوة والمس بشهوة وانما قيد بقوله خصوصا في الحرة احترازا عن الامة لان في الحرة لا تحل هذه
الافاعيل بلا ثبوت نكاح فكانت مختصة بالنكاح فدلت على استدامة ملك النكاح بخلاف الامة
فان هذه الافاعيل بلا ثبوت نكاح فكانت مختصة بالنكاح فدلت على استدامة ملك النكاح بخلاف
الامة فان هذه الافاعيل تحل فيها بملك المتعة وملك اليمين ايضا قوله فلو كانت رجعة
يطلقها فتطول العدة عليها يعني لو كانت هذه الافاعيل عن غير شهوة رجعة لزم تطويل
العدة فلا يجوز بيانه ان بمجرد النظر لو كان رجعة من الزوج وهو يساكنها في العدة لو وقعت
الرجعة بلا قصد منه الى الرجعة ثم يطلقها لانه لا يريدها للخلف الواقع فيلزم تطويل
العدة وفيه ضرر بالمراة فلا يجوز لقوله تعالى فاذا بلغن فامسكوهن بمعروف او
سرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا واعلم ان تقبيل الرجل ومسه اياها عن
شهوة ونظره الى فرجها عن شهوة يوجب الرجعة باتفاق اصحابنا رضي الله عنهم اما اذا قبلته
المراة بشهوة او لمسته او نظرت الى فرجه بشهوة قال شمس الايمة السرخسي في المبسوط تثبت
الرجعة عند ابي حنيفة ومحمد ولا تثبت عند ابي يوسف لان هذا الفعل من الزوج دليل
استبقا الملك وليس لها ولاية استبقا الملك فلا يكون فعلها به رجعة وهما يقولان فعلها به
كفعله بها فان الحل مشترك بينهما ولهذا يثبت المصاهرة بفعلها هذه الاشيا فكذلك الرجعة
وفرق ابو يوسف في ظاهر الرواية بين هذا وبين مسيلة الخيار فقال الامة اذا
فعلت ذلك بالبايع في مدة الخيار يكون فسخا للبيع وههنا لا يكون رجعة منها لان اسقاط
الخيار قد يكون بفعلها كما اذا جنت على نفسها او قتلت نفسها والرجعة لا تكون بفعلها قط
وروى بشر المريسي عن ابي يوسف التسوية بين الفصلين وقال لا يسقط الخيار هنالك
بفعلها ومحمد يفرق فيقول هنالك لا يسقط الخيار بفعلها لما فيه من فسخ البيع ان كان
الخيار للبايع واثبات الملك ان كان الخيار للمشتري وليس اليها ذلك وهنا ليس في الرجعة
فسخ السبب ولا اثبات الملك ولكن انما يثبت الرجعة بفعلها اذا اقر الزوج انها فعلت ذلك
بالشهوة فاما اذا ادعت هي وانكر الزوج لا يثبت الرجعة وكذلك ان شهد الشاهد ان انها
فعلت ذلك بالشهوة لان الشهود لا يعرفون ذلك الا بقولها ولها غير مقبول اذا انكره

الزوج وقال في الزيادات لو نظر الى موضع الجماع من دبرها بشهوة لم يصر مراجعا لان الرجعة
انما يثبت تأكيدا للحل في الفعل الذي قصده وهذا الفعل حرام ذكره في باب ابانة المراة في
غير الزوج **قوله** قال ويستحب ان يشهد على الرجعة شاهدين وان لم يشهد صحت الرجعة
وهذه من مسائل القدوري وعند الشافعي لا تجوز الرجعة بدون الاشهاد وهو احد قوليه
وهو قول مالك واحمد وفي رواية اخرى عن احمد تجوز الرجعة بلا اشهادة وصورة الاشهاد ان
يقول لاثنين من المسلمين اشهدا اني قد راجعت امراتي لهم قوله تعالى فاذا بلغن اجلهن فامسكوهن
بمعروف او فارقوهن بمعروف واشهدوا ذوي عدل منكم والامر للوجوب ولنا ان النصوص
المثبتة للرجعة مطلقة عن قيد الاشهاد فتجري على اطلاقها اما قوله تعالى واشهدوا ذوي عدل
فالمراد منه الندب لا الوجوب لدليلين الاول ان سائر النصوص مطلق وهذا لو ورد على الوجوب
يلزم التعارض والتدافع والتعارض خلاف الاصل فيحمل على الندب توفيقا بين المطلق والمقيد ولا
يجوز حمل المطلق على المقيد عندنا لئلا يلزم بطلان صفة الاطلاق بل كل واحد منهما يجري على
سننه والثاني ان الاشهاد مقرون بالمفارقة والرجعة جميعا ثم الاشهاد عند المفارقة مستحب
بالاجماع فلا يجوز ان يراد به الوجوب عند الرجعة لئلا يلزم خرق الاجماع وذلك لان العلماء
اختلفوا في موجب الامر فقال بعضهم بالوجوب وبعضهم بالندب وبعضهم بالاباحة الى
غير ذلك ولم يقل احد منهم ان موجبه الوجوب والندب جميعا فكان منهم اجماعا على ان ارادة
الامرين جميعا اعني الوجوب والندب لا تجوز ولان الرجعة استدامة النكاح بدليل
فامسكوهن وصحة الرجعة بلا رضاها والاشهاد ليس بشرط في النكاح حالة البقاء كما في الفيء
في الايلاء فتصح الرجعة بلا اشهاد الا انه يستحب احتياطا كيلا يكون التجاحد كالاشهاد
في البيع قال تعالى واشهدوا اذا تبايعتم قال شمس الائمة السرخسي وهذا عجيب من مذهب
مالك فانه لا يجعل الاشهاد على النكاح شرطا ويجعل الاشهاد على الرجعة شرطا **قوله** فيه
اي في النكاح **قوله** الا انها تستحب استثناء من قوله والشهادة ليست شرطا فيه **قوله**
فيها اي في الرجعة وما تلاه اي ما تلاه الشافعي رحمه الله وهو قوله تعالى واشهدوا ذوي عدل
منكم محمول عليه اي على الاستحباب قرنها بالمفارقة اي قرن الرجعة بالمفارقة وهو فيها مستحب
اي الاشهاد في المفارقة مستحب فكذا في الرجعة وقد مر تحقيقه **قوله** ويستحب ان يعلمها
كيلا تقع في المعصية اي يستحب ان يعلم الرجل المراة الرجعة كيلا تقع المراة في المعصية
وذلك لان المراة اذا لم تعلم الرجعة ربما تتزوج بعد انقضاء العدة رجلا اخر بناء على
الطلاق السابق فتقع في الحرام قال في شرح الطحاوي قبيل باب صريح الطلاق الرجعة
على ضربين سني وبدعي فالسني هو ان يراجعها بالقول ويشهد على رجعتها ويعلمها ولو راجعها
بالقول ولم يشهد او اشهد ولم يعلمها كان مخالفا للسنة وقال الحاكم الشهيد رحمه الله واذا كتمها
الطلاق ثم راجعها وكتمها الرجعة فهي امراته غير انه قد اساء فيما صنع وانما قال اساء لترك
الاستحباب وهو الاشهاد والاعلام **قوله** واذا انقضت العدة فقال قد كنت راجعتها
في العدة فصدقته فهي رجعة وان كذبته فالقول قولها وهذه مسئلة القدوري
وانما كان القول قولها اذا كذبته لان الرجل اخبر عما لا يملكه في الحال لانها منقضية العدة
فكان متهما في دعوى الرجعة الا اذا صدقته فحينئذ يثبت الرجعة لارتفاع التهمة
بالتصديق وهذا كالوكيل اذا قال بعد العزل قد كنت بعت حيث لا يقبل قوله بل يكون

القول

القول قول الموكل الا اذا صدقه الموكل بخلاف ما اذا قال في العدة قد كنت راجعتك امس
فانكرته المراة حيث يكون القول قوله لانه اخبر عما يملك انشاءه في الحال فاذا لم يثبت له
الرجعة في الامس يصير كانه راجع في الحال **قوله** ولا يمين عليها عند ابي حنيفة
بناء على ان النكول بذل عنده والبذل لا يجري في الرجعة وعندهما النكول اقرار فيه
شبهة ويجري الاقرار فيها **قوله** وقد مر في كتاب النكاح لم يبين هذه المسئلة في كتاب
النكاح بل قال في مسئلة دعوى السكوت على البكر فلا يمين عليها عند ابي حنيفة رضي الله عنه
وهي مسئلة الاستحلاف في الاشياء الستة ثم قال وستاتيك في الدعوى ومثل هذا لا يقال مره
لانه لم يكن ثمه للرجعة اثر ولا عين فان قلت اذا ادعت
انقضاء العدة تستحلف فاذا نكلت كان له ان يراجعها قلنا ذاك استحلاف في العدة فاذا نكلت
يثبت العدة وهي محل الرجعة وهذا استحلاف في نفس الرجعة **قوله** واذا قال
الزوج قد راجعتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي لم تصح الرجعة عند ابي حنيفة رضي
الله عنه وقالا تصح الرجعة وهذه من مسائل القدوري وجه قولهما ان رجعة الزوج صادفت
زمان العدة لانها باقية ظاهرا عملا باستصحاب الحال والرجعة في العدة صحيحة فكان القول
قوله وتسقط العدة لثبوت الرجعة ثم اخبارها بانقضاء العدة لا يصح لسقوطها اصلا كما اذا
سكتت ساعة ثم اخبرت بانقضاء العدة حيث لا يقبل قولها بالاتفاق ولانها متهمة في الاخبار بالانقضاء
بعد رجعة الزوج وقول المتهم مردود كالوكيل اذا قال كنت بعت بعد عزل الموكل ووجه
قول ابي حنيفة رضي الله عنه ان الرجعة صادفت زمان انقضاء العدة فلا تصح الرجعة
زمان الانقضاء بيانه ان النساء امينات في الاخبار عما في ارحامهن لقوله تعالى ولا يحل لهن ان
يكتمن ما خلق الله في ارحامهن فتصدق في قولها انقضت عدتي واخبارها بالانقضاء يدل على
سبق الانقضاء لانه وقع بفعل ماض فيثبت الانقضاء مقارنا بقول الرجل راجعتك او سابقا
فايا ما كان يقع الرجعة بعد الانقضاء فلا تصح بخلاف ما اذا سكتت ساعة ثم اخبرت حيث صارت
متهمة فلا يقبل قولها او نقول اقرب احوال الانقضاء يكون زمان السكوت وذلك الزمان بعد
الرجعة لا محالة بخلاف ما اذا لم تسكت ساعة حيث يضاف الانقضاء الى اقرب الاحوال وهو
زمان قوله راجعتك فافترقا وبخلاف الوكيل لانه متهم لانه اخبر عما لا يملك انشاءه في الحال
ثم القول قولها عند ابي حنيفة رضي الله عنه مع اليمين نص عليه الكرخي في مختصره وبه
صرح في شرح ابي نصر وخلاصة الفتاوى والفتاوى الولوالجي لانها بنكولها تبذل الامتناع
من الانتقال من منزل الزوج وهذا المعنى يصح بذله واورد الشيخ ابو نصر سؤالا وجوابا
فقال فان قيل اذا نكلت صحت الرجعة والرجعة لا يصح بذلها قيل الرجعة لا تثبت بنكولها
وانما يثبت بنكولها العدة ويملك الزوج الرجعة من طريق الحكم لا ببذلها كما نقول ان
النسب يثبت بالفراش عند شهادة امراة واحدة بالولادة وان لم يثبت النسب بشهادتهما ثم
انما تصدق المراة في انقضاء العدة اذا كانت المدة تحتمل ذلك والا فلا وبه صرح الطحاوي في
مختصره وقد عرف ذلك في المنظومة في قوله اذا اقرت بانقضاء العدة بالحيض فالشهدان
ادنى مدة وتفسير ذلك في اخر فصل فيما تحل به المطلقة **قوله** ومسئلة الطلاق على
الخلاف قال شمس الائمة السرخسي رحمه الله في شرح الكافي ولم يذكر في الكتاب يعني لم يذكر الحاكم
الشهيد في مختصر الكافي اذا قال طلقتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي ثم قال قيل هو

على الخلاف ولا يقع الطلاق عند ابي حنيفة كما لو قال انت طالق مع انقضاء عدتك ثم قال والاصح انه يقع لاقرار
الزوج بالوقوع كما لو قال بعد انقضاء العدة كنت طلقتها في العدة كان مصدقا في ذلك بخلاف
الرجعة وذاك لان اخباره بالطلاق بعد العدة ليس فيه تهمة بخلاف اخباره بالرجعة
بعد الانقضاء فان فيه تهمة لانه تصرف على حق الغير **قوله** والمراجعة لا تثبت بداي
بالاقرار بعد الانقضاء **قوله** واذا قال زوج الامة بعد انقضاء عدتها قد كنت راجعتها وصدقه
المولى وكذبته الامة فالقول قولها عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا القول قول المولى وهذه
من مسائل القدوري وقول زفر كقول ابي حنيفة كذا في شرح الاقطع وجه قولهما ان هذا
اختلاف في الحقيقة في ملك بضع الامة لانه ان صحت الرجعة تكون منافع البضع للزوج وان لم
تصح تكون منافع البضع للمولى لكن البضع في الاصل مملوك المولى فاقراره بالتزويج على الامة صحيح فكذا
اقراره بالرجعة لان التملك يقع على المولى ووجه قول ابي حنيفة رضي الله عنه ان صحة الرجعة له
مبنية على قيام العدة وفي العدة القول قولها لانها امينة في الاخبار بعدتها وانقضائها فكذا في الرجعة
لانها مبنية عليه وقولهما ان التملك يقع على المولى قلنا نعم لكن في الاصل وكلامنا في ان الرجعة تبتني
على قيام العدة وحال قيام العدة لا ملك للمولى في البضع ولا تصرف فلا يعتبر قوله فيكون القول قولها
اما اذا صدقته الامة وكذبه المولى يكون القول قول المولى ولا يثبت الرجعة بالاتفاق على ما هو الصحيح
من الرواية عن ابي حنيفة رضي الله عنه اما عندهما رحمهما الله فظاهر لان منافع بضعها مملوكة للمولى
والزوج متهم في الرجعة لانها منقضية العدة فلا يثبت الرجعة بلا تصديق المولى وكذا عند ابي حنيفة
لان منافع بضعها في الحال خالصة حق المولى لكونها منقضية العدة فلا يقبل قول الامة على مولاها
في ابطال حقه بخلاف الصورة الاولى حيث لا يلزم ثمة ابطال حق المولى لان المولى لما صدق الزوج
في الرجعة كان مقرا بقيام العدة عند وجود الرجعة ولا ملك للمولى حال قيام العدة فلا يعتبر قوله
فظهر الفرق **قوله** مملوك له اي للمولى عليها اي على الامة والاقرار على الامة بالنكاح بان قال له
زوجته امتي من فلان حيث يكون القول قوله **قوله** وهو يقول الضمير راجع الى ابي حنيفة
رضي الله عنه **قوله** ولو كان على القلب اي لو كان الامر او الخلاف على القلب بان صدقته
الامة وكذبه المولى وقد مر تحقيقه **قوله** وكذا عنده في الصحيح اي القول قول المولى ايضا
عند ابي حنيفة في الصحيح من الرواية عن ابي حنيفة **قوله** فلا يقبل قولها في ابطاله اي قول الامة
في ابطال ملك المنفعة **قوله** عندها الضمير راجع الى الرجعة يعني حال الرجعة ملكه اي ملك المولى
قوله في ذلك اي في قولها قد انقضت عدتي **قوله** اذ هي العالمة به اي بالانقضاء وهو تعليل
لكونها امينة فيقبل قولها انقضت عدتي لا قول الزوج والمولى لم تنقض **قوله** واذا انقطع الدم
من الحيضة الثالثة لعشرة ايام انقطعت الرجعة وان لم تغتسل وان انقطع لاقل من عشرة ايام
لم تنقطع حتى تغتسل او يمضي عليها وقت صلاة وهذه من مسائل القدوري قال ابو بكر الرازي في
شرحه لمختصر الطحاوي في باب العدة قد روي عن عمر وعلي وعبد الله في آخرين من الصحابة
رضي الله عنهم اعتبار الغسل من الحيضة الثالثة اعلم ان انقطاع الرجعة متعلق بانقضاء
العدة فانقضاء العدة معلق بالخروج عن الحيضة الثالثة معلق بشرط حصول الطهارة فيها
اذا كان ايام حيضها عشرا تحصل الطهارة بمجرد الانقطاع لان الحيض لا يحتمل الزيادة على العشرة
فلما حصلت الطهارة انقطعت الرجعة بخلاف ما اذا كان ايام حيضها اقل من عشرة لا ينقطع
الرجعة ما لم تغتسل او يمضي عليها وقت ادنى الصلوات اليها وذلك لان الدم يحتمل المعاودة

فلا يثبت

فلا يثبت حكم الطهارة الا بالاغتسال او بمضي وقت صلاة لان الصلاة لما صارت دينا عليها له
بذهاب الوقت ثبت عليها حكم الطاهرات فحكم بالطهارة حينئذ وعند زفر لا ينقطع الرجعة
بمضي الوقت اذا اخرت الغسل كذا اورده شمس الائمة السرخسي رحمه الله في المبسوط لاحتمال
معاودة الدم قلنا نعم لكن لما ثبت عليها حكم من خواص احكام الطاهرات تقوى جهة
الانقطاع فصار كالاغتسال قال محمد رحمه الله ارايت لو اخرت الغسل شهرا طمعا في ان يراجعها
الزوج لكان يبقى الرجعة الى هذه المدة فهذا قبيح قلت
ولقائل ان يقول انما لا يبقى الرجعة الى تلك المدة لعدم احتمال دم الحيض الى تلك الغاية بخلاف ما دون
العشرة فلا يرد هذا على زفر رحمه الله **قوله** فلا بد من ان يعتضد الانقطاع اي يتقوى قال
ابو جعفر الطحاوي في مختصره ولو كانت الزوجة نصرانية خرجت من العدة بانقطاع الدم عنها
وذلك لانها ليس عليها غسل فهي بمنزلة المسلمة اذا اغتسلت **قوله** بخلاف ما اذا كانت كتابية يعني
اذا كانت الزوجة كتابية فطلقها زوجها طلاقا رجعيا فانقطع دمها من الحيضة الثالثة فيما اذا
كان ايامها اقل من عشرة يحكم بانقطاع الرجعة بمجرد انقطاع الدم ولا يتوقف حكم انقطاع الرجعة
الى الاغتسال او مضي وقت صلاة لان الكفار غير مخاطبين بالشرائع عندنا واغتسالها للطهارة استحبابا
لا وجوبا كما في المجنونة **قوله** لا تتوقع في حقها امارة زائدة التوقع عبارة عن انتظار وقوع
امر والامارة بمعنى العلامة قال اذا طلعت شمس النهار فانها امارة تسليمي عليك فسلمي انشده ابو
عبيد رحمه الله **قوله** وتنقطع اذا تيممت وصلت عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
اعلم ان المعتدة اذا انقطع دمها لاقل من عشرة ايام فتيممت لا تنقطع الرجعة بمجرد التيمم حتى
تصلي عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد وزفر والشافعي تنقطع بمجرد التيمم كذا ذكر علاء
الدين العالم في طريقة الخلاف وقولهما استحسان وقول محمد قياس كذا ذكر الحاكم الجليل في
الكافي وشمس الائمة في شرحه واجمعوا انه لا يحل لها ان تتزوج بزوج آخر ما لم تصل بذلك التيمم
او يمضي عليها وقت صلاة ادنى الصلوات اليها القدرة على الاغتسال ولو اغتسلت بسؤر الحمار
يبطل رجعتها بنفس الاغتسال بالاتفاق ولا يحل لزوجها ان يقربها يعني اذا كان لم يطلقها
ولا يجوز لها ان تتزوج بزوج آخر ولا تصلي بذلك الغسل ما لم تتيمم وجه قول محمد رحمه الله ان
التيمم يستباح به ما يستباح بالغسل مثل اداء الصلاة وحل قراءة القرآن ومس المصحف ودخول
المسجد ثم بمجرد الاغتسال ينقطع الرجعة فكذا بمجرد التيمم لانه قائم مقامه عند عدم الماء وحكم سقوط
الرجعة يبتنى على الاحتياط ولهذا اذا اغتسلت بسؤر الحمار ينقطع الرجعة احتياطا مع انها
لا يحل لها اداء الصلاة وهنا في صورة التيمم تحل اداء الصلاة فبالطريق الاولى ان ينقطع الرجعة به
ولهما ان انقطاع الرجعة متعلق بانقضاء العدة وانقضاء العدة متعلق بالخروج عن الحيضة الثالثة
بثبوت الطهارة والتيمم ليس بطهارة رافعة للحدث بل هو مبيح للصلاة بدليل ان المتيمم اذا
رأى الماء في خلال صلاته تبطل صلاته ومعلوم ان رؤية الماء ليست بحدث فلو كان الحدث السابق
مرتفعا بالتيمم لم تبطل صلاته برؤية الماء فلما لم تحصل الطهارة بمجرد التيمم لم ينقطع الرجعة
الا ان الشرع جعل التيمم طهارة حكما ولم يجعل اثر الحدث ظاهرا الى وجود الماء وذاك لا يدل
على ارتفاع الحدث اصلا الا ترى انها اذا مضى عليها وقت صلاة يثبت حكم الطاهرات ولكن لا
يثبت الطهارة حقيقة ولهذا يجب عليها الغسل وكذا اذا انقطع دمها لعشرة ايام يثبت حكم
الطاهرات ولكن لا يثبت الطهارة حقيقة بدليل وجوب الغسل وكذا التيمم لا يثبت به الطهارة

حقيقة وان ثبت حكم الطاهرات فيه الحيض فلم ينقطع الرجعة بخلاف ما اذا صلت بعد
التيمم حيث ينقطع الرجعة لانه تعلق بالتيمم حينئذ حكم لا ينفسخ الا ترى انها لو رات الما بعد
الصلاة لا تبطل فصاركالاغتسال او نقول ان التيمم ليس بطهارة لانها لا ترفع الحدث بدليل ما
قلنا ولكنه جعل طهارة ضرورة ادا الصلاة وضرورة ما هو من توابع الصلاة كدخول المسجد ومس
المصحف وقراءة القران والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها فلا يجعل التيمم طهارة قبل ادا الصلاة
بخلاف الاغتسال بسور الحمار فانه طهارة قوية لكونه اغتسالا بالما الا ان التيمم ضم اليه احتياطا
لتعارض الادلة وليس كذلك التيمم لانه طهارة ضعيفة فان قيل ـــــــــــــــــــــــ
لا نسلم ان التيمم ليس برافع للحدث والاستدلال ببطلان الصلاة برؤية الما في خلال الصلاة
ليس بصحيح لان عند الشافعي رحمه الله يمضي على صلاته قلنا ـــــــــــــــــــــــ
لا يخلو من احد الامرين اما ان كان هذا القول ثابتا عن الشافعي ام لا فان لم يثبت فالاستدلال
به حجة على الكل وان ثبت فيستدل به على محمد وزفر ويستدل على الشافعي بظهور حكم الحيض
بعد الفراغ عن الصلاة بانه ان التيمم لو كان رافعا للحيض لم يلزمها الاغتسال بعد الصلاة برؤية
الما في الصلاة وقد لزم فعلم ان التيمم لم يرفع الحيض يوضحه ان الحيض لو كان زايلا بالتيمم لم يلزمه
الاغتسال لان رؤية الما ليست بحدث ولا جنابة ولا حيض الا ان الحيض لم يظهر اثره الى وجود
الما للضرورة بوجود الما قوله لان التيمم حال عدم الما طهارة مطلقة حتى يثبت به من
الاحكام ما يثبت بالاغتسال واراد به حل ادا الصلاة وقراءة القران ومس المصحف ودخول
المسجد ولا يرد على محمد عدم جواز اقتدا المتوضي بالمتيمم عنده بانه يقال لو كان يثبت بالتيمم ما
يثبت بالاغتسال لجاز الاقتدا وقد مر تقريره في باب الامامة فلينظر ثمه قوله والاحكام
الثابتة ايضا ضرورة اقتضائية هذا جواب عن حرف محمد رحمه الله يعني ان الاحكام التي ذكرها
محمد انما تثبت بالتيمم ضرورة ثبوت الطهارة لاجل الصلاة لانها توابع الصلاة فلم يدل ثبوتها
على كون التيمم طهارة مطلقة قال في الفتاوى الولوالجي وان تيممت وقرات القران او مست
المصحف او دخلت المسجد اختلف المشايخ فيه قال ابو الحسن الكرخي تنقطع الرجعة وقال ابو
بكر الرازي لا تنقطع الرجعة قوله ثم قيل تنقطع بنفس الشروع عندهما اي عند ابي
حنيفة وابي يوسف وقيل بعد الفراغ اي من الصلاة قال شمس الائمة السرخسي رحمه الله في
شرح الكافي للحاكم الشهيد ولم يذكر في الكتاب اي في الكافي اذا تيممت وشرعت في الصلاة
ثم قال والصحيح عند ابي حنيفة وابي يوسف ان الرجعة لا تنقطع ما لم تفرغ من الصلاة لان
الحال بعد شروعها في الصلاة كالحال قبله الا ترى انها اذا رات الما لا يبقى تيممها اثر بخلاف
ما بعد الفراغ من الصلاة فانها وان رات الما تبقى صلاتها مجزية قوله واذا اغتسلت
ونسيت من بدنها شيا لم يصبه الما فان كان عضوا فما فوقه لم ينقطع الرجعة وان كان اقل من
عضو انقطعت وهذه من مسايل القدوري قال الحاكم الجليل الشهيد في الكافي واذا اغتسلت
المعتدة من الحيضة الثالثة غير انه بقي منها عضو فالرجعة باقية استحسانا ولو بقي منها
اصبع او شي يسير من جسدها فقد انقطعت الرجعة وان تزوجت لم يجز النكاح حتى تغتسل ذلك
ذلك الموضع اخذ بالثقة اعلم ان محمدا رحمه الله لم يذكر في كتبه موضع القياس وقيل عند ابي
يوسف قياس واستحسان وكذا عند محمد قياس واستحسان اما القياس عند ابي يوسف رحمه
الله في العضو الكامل فان تنقطع الرجعة لانها غسلت اكثر البدن وللاكثر حكم الكل فكانها

اغتسلت

اغتسلت جميع البدن وفي الاستحسان لا ينقطع الرجعة لورود الخطاب بتطهيره فصار بقا
العضو كبقا جميع البدن ولانه لا يتسارع اليه الجفاف عادة بخلاف ما دونه واما القياس عند محمد
رحمه الله فيما دون العضو فان يبقى الرجعة لان الحدث باق لما روى صاحب السنن باسناده
الى ابي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان تحت كل شعرة جنابة
فاغسلوا الشعر وانقوا البشر واخرجه الترمذي وابن ماجة ولانه لا تحل لها الصلاة فكان
العضو وما دونه سوا وفي الاستحسان تنقطع الرجعة لان ما دون العضو يتسارع اليه
الجفاف لقلته فلا يحصل التيقن بعدم اصابة الما فحكم بانقطاع الرجعة احتياطا ولكن لا
تحل لها التزوج ما لم تغسل ذلك الموضع احتياطا ايضا لان الما لم يصل اليه من حيث الظاهر
وصاحب الهداية ذكر القياسين ولكن لم يقع التفصيل في بيانه كما وقع هنا قوله اخذ
بالاحتياط فيهما اي في انقطاع الرجعة والتزوج قوله الجفوف هو مصدر من جف
يجف جفوفا وجفافا اذا يبس قوله عنه اي عن العضو الكامل قوله فافترقا اي
العضو الكامل وما دونه والمراد بما دون العضو ان يبقى لمعة يسيرة نحو اصبع واصبعين ونحوهما
وبه صرح الامام الاسبيجابي رحمه الله في شرح الطحاوي قوله وعن ابي يوسف ان ترك المضمضة
والاستنشاق كترك عضو كامل والواو في الاستنشاق بمعنى او كما في قوله تعالى مثنى وثلاث ورباع
اعلم انها اذا اغتسلت عن الحيضة الثالثة فيما دون العشر لكنها تركت المضمضة او الاستنشاق
فعن ابي يوسف رحمه الله روايتان في رواية هشام عنه لا ينقطع الرجعة فيكون ترك كل واحد
منهما كترك عضو كامل لان حكم الحيض باق لانهما فرضان في الجنابة فكانت العدة باقية وفي رواية
اخرى عن ابي يوسف ينقطع الرجعة وتركهما كترك ما دون العضو وهو رواية الكرخي عن
محمد قال محمد ابينها من زوجها ولا تحل للازواج كذا ذكره الكرخي في مختصره وذلك لان فرضية
المضمضة والاستنشاق في الغسل اختلاف فعند مالك والشافعي سنتان فيه فكان الاحتياط في
انقطاع الرجعة بخلاف ترك عضو اخر حيث لا ينقطع الرجعة لانه لا خلاف في فرضيته
اعلم ان المضمضة والاستنشاق سنتان في الوضو فرضان في الجنابة عندنا وهو قول سفيان
الثوري وقال مالك والشافعي سنتان فيهما جميعا وقال ابن ابي ليلى وعبد الله بن المبارك واحمد واسحاق
فرضان فيهما جميعا لكن احمد قال الاستنشاق اوكد من المضمضة قوله هو بمنزلة ما دون العضو
الضمير راجع الى ترك المضمضة والاستنشاق قوله ومن طلق امراته وهي حامل او ولدت منه
وقال لم اجامعها فله الرجعة وهاتان المسئلتان من خواص الجامع الصغير وتداول صاحب الهداية
قوله او ولدت بعد بيان الدليل فلو تتبع لفظ محمد في اصل الجامع الصغير وذكره كما هو لم يحتج
الى التاويل وصورته في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل تزوج
امراة ثم طلقها وهي حامل فقال لم اجامعها قال له عليها الرجعة وكذلك ان كانت ولدت قبل ذلك
ولو خلا بها واغلق بابا او ارخى سترا ثم طلقها وقال لم اجامعها فليس عليها الرجعة اما في المسئلة الاولى
فانما كانت له الرجعة وان قال لم اجامعها لان الرجعة تبتني على الدخول وقد ثبت الدخول حكما
لثبوت النسب لانه يظهر كونها حاملا بان ولدت لاقل من ستة اشهر والطلاق بعد الدخول
معقب للرجعة فاذا قال عقيب الطلاق لم اجامعها لم يلتفت الى قوله لانه صار مكذبا شرعا لان
الشرع جعله واطيا حكما وكذا في المسئلة الثانية له الرجعة لانها لما ولدت في نكاحه قبل
الطلاق ثبت الدخول لا محالة لثبوت نسبه منه وقوله بعد الطلاق لم اجامعها لم يلتفت

اليه لثبوت الدخول حكما شرعا ولا يقال قوله لم اجامعها صريح في عدم الدخول ودلالة ثبوت النسب على الدخول ليست بصريحة والصريح يفوق الدلالة فينبغي ان لا يكون له عليها الرجعة لانا نقول دلالة الشرع اقوى من صريح العبد لاحتمال الكذب من العبد دون الشارع واما في المسئلة الثالثة فانما لم يثبت الرجعة لانه لم يصر مكذبا شرعا والرجعة حقه فيصدق في حقه اذا قال لم اجامعها وذلك لان الشرع لم يحكم عليه بالدخول وانما وجبت العدة وكمال المهر لوجود التسليم وهما يتعلقان بالتسليم دون الدخول بخلاف الرجعة فانها مبنية على الدخول دون التسليم فلما ثبت النسب بالحمل حال الطلاق او بالولادة قبل الطلاق ثبت الدخول المعقب للرجعة لانه لا نسب بلا ماء ولا ماء بغير وطي فيثبت الدخول لا محالة فيكون مكذبا شرعا ونقل ابن السكيت عن الفراء فقال يقال هذه امراة حامل وحاملة اذا كان في بطنها ولد وانشد الاصمعي تمخضت المنون له بيوم انى ولكل حاملة تمام فمن قال حامل قال نعت لا يكون الا المونث ومن قال حاملة بناه على حملت فاذا حملت شيا على ظهر او على راس فهي حاملة لا غير لان هذا قد يكون للمذكر والانثى وانى بمعنى قرب وتمام بفتح التاء وكسرها بمعنى قوله تمخضت الماخض الحامل جعل المنون حاملا على التشبيه وجعل اليوم الذي كانت فيه منيته ولدا للمنية وكل حامل تنتهي الى وقت تضع فيه حملها وكذلك المنية منتظرة كما تنتظر وضع الحامل وروى ابو سعيد السكري هذا البيت للنابغة الذبياني قال ابو محمد السيرافي والصحيح انه لعمرو بن حسان اخي بني الحرث بن همام قال العبد الضعيف اني فتشت عن هذا البيت في ديوان النابغة فلم اجد له اثرا قوله وبطل زعمه بتكذيب الشرع قال في الجمهرة الزعم والزعم لغتان فصيحتان بمعنى بفتح الزاي وضمها واكثر ما يقع الزعم على الباطل وكذلك ما جاء من الزعم في القران وفي فصيح الشعر قال الشاعر يمدح نجيبة ان يستغلب ربها وليعلمن مغالب الغلاب قوله الا ترى انه يثبت بهذا الوطي الاحصان ابتداء لقوله والطلاق في ملك متاكد بعقب الرجعة بيانه ان الاحصان معرف لحكم الزنا حتى يجب على الزاني الرجم اذا صدر الزنا عن المحصن ثم الاحصان لما ثبت بجعله واطيا حكما في هاتين الصورتين مع ان الرجم يندري بالشبهات فثبوت الرجعة وهي لا تندري بالشبهات اولى قوله فان خلا بها واغلق بابا او ارخى سترا الى اخره وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة وقد رويناها انها في بعض النسخ وارخى بالواو وذلك بحسب العادة والصحيح بكلمة او لان احد الامرين من اغلاق الباب وارخاء الستر كاف في ثبوت الخلوة الصحيحة والاحكام التي تقام الخلوة فيها مقام الوطي ام لا ذكرت في باب المهر قوله لان تاكد المهر المسمى يبتني على تسليم المبدل لا على القبض يعني ان تاكد المهر بالخلوة الصحيحة لم يدل على كون الرجل واطيا حكما لان المهر يتاكد بتسليم المبدل اي البضع ولا يتوقف على قبض المبدل وهو الوطي فلم يلزم ثبوت الوطي من ثبوت كمال المهر وذلك لان المراة قادرة على تسليم نفسها وليست بقادرة على جعل الرجل واطيا فتاكد المهر بالتسليم دفعا للضرر عنها قوله بخلاف الفصل الاول يرتبط بقوله لم يصر مكذبا شرعا يعني ان في الفصل الاول وهو فصل ثبوت النسب بظهور الحمل حال الطلاق او بالولادة قبل الطلاق صار مكذبا شرعا في قوله لم اجامعها حيث جعله واطيا حكما لان الرجعة تبتني على الدخول وقد ثبت النسب فيثبت الدخول لانه لا نسب بلا ماء ولا ماء بلا دخول فيثبت الرجعة لوجود الدخول قوله فان راجعها معناه بعد ما خلا بها وقال

لم اجامعها ثم جاءت بولد لاقل من سنتين بيوم صحت تلك الرجعة اي الرجعة السابقة وذلك لان النسب ثابت فيثبت الدخول لا محالة اذ لو الطلاق بعد الدخول معقب للرجعة ثم الدخول لا يخلو من احد الامرين اما ان يكون قبل الطلاق او بعده فلا يجوز الثاني فتعين الاول وهو المطلوب وذلك لان الدخول لو كان بعد الطلاق لكان الطلاق مبينا وكان الدخول حراما بعد ذلك والمسلم لا ياتي بالحرام ولا يرضاه لغيره فحمل على الدخول قبل الطلاق حملا لامر المسلم على الصلاح وانما ثبت النسب لانها لم تقر بانقضاء عدتها والمدة تحتمل ذلك قوله لان على اعتبار الثاني يزول الملك بنفس الطلاق لعدم الوطي قبله اي قبل الطلاق واراد بالثاني كونه واطيا بعد الطلاق لان المذكور الاول هو كونه واطيا قبل الطلاق وانما يزول الملك بنفسه الطلاق لان الطلاق قبل الدخول لا عدة فيه بالنص فيكون الطلاق مزيلا للملك بخلاف الطلاق بعد الدخول فان ثمة زوال الملك ثمه انما يكون بعد انقضاء العدة قوله فان قال لها اذا ولدت فانت طالق فولدت ثم اتت بولد اخر فهي رجعة معناه من بطن اخر وهذه من خواص الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل قال لامراته اذا ولدت فانت طالق فولدت ولدا ثم ولدت ولدا اخر لاقل من سنتين بيوم او اكثر قال هي امراته وهذه رجعة والفرق بين هذه المسئلة وبين ما ذكر في كتاب الدعوى في المطلقة الرجعية اذا ولدت ولدا لاقل من سنتين بيوم انه لا يكون رجعة لان العلوق ثمة يحتمل ان يكون قبل الطلاق وبعده فلا يثبت الرجعة بالشك وهنا صار الزوج مراجعا سواء جاءت به لاقل من سنتين من وقت الطلاق او لاكثر اما الاكثر فظاهر لتيقن العلوق بعد الطلاق الواقع بولادة الولد الاول وكذا الاقل لانه ان لم يجعل مراجعا يكون الولد الثاني مع الاول من بطن واحد وفي الاتحاد شك فلا يثبت بالشك فيكون الولد الثاني من بطن اخر فلما ثبت انه من بطن اخر ثبت ان علوقه حادث والعلوق الحادث بعد الطلاق في العدة معقب للرجعة قوله وان قال كلما ولدت ولدا فانت طالق فولدت ثلاثة اولاد في بطون مختلفة فالولد الثاني رجعة وكذا الثالث وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة والمراد من البطون المختلفة ان يكون بين الولدين ستة اشهر فصاعدا اعلم انها تطلق ثلاثا ويثبت نسب الاولاد من الزوج وعليها العدة بثلاث حيض بعد ولادة الولد الثالث وذلك لان كلمة كلما تقتضي تكرار الجزاء عند تكرار الشرط وقد تكرر الشرط وهو الولادة فيتكرر الجزاء وهو الطلاق وذلك انها لما ولدت الولد الاول وقع الطلاق الرجعي ووجبت عليها العدة فلما ولدت الولد الثاني من بطن اخر علم انه صار مراجعا بوطي حادث بعد الطلاق حملا لامر المسلم على الصلاح فبولادة الولد الثاني وقع الطلاق الاخر لان شرط الطلاق وجد في ملكه لانها منكوحته حين الولادة الثانية لانه ثبتت رجعته قبل ذلك ثم لما ولدت الولد الثالث من بطن اخر علم انه كان من علوق حادث بعد وقوع الطلاق الثاني فصار به مراجعا قبل الولادة الثالثة ووقع الطلاق الثالث لانها حين وجود الشرط كانت منكوحته لثبوت الرجعة قبل ذلك بالعلوق الحادث بعد الطلاق الثاني ووجبت العدة بثلاث حيض لانها حائل حينئذ من ذوات الاقراء وانما قيد بالبطون المختلفة لانها اذا ولدت ثلاثة اولاد في بطن واحد يقع عليها تطليقتان لا غير وتنقضي العدة بوضع الولد الثالث وهي مسئلة المبسوط وذلك لان شرط الطلاقين وجد في الملك فوقعا بخلاف الطلاق الثالث فان شرطه وجد في غير الملك لعدم الرجعة قبل ذلك لانهم ولدوا من

بطن واحد فلم يقع لوقوعه في عقيب الملك وانقضت العدة بالولد الثالث لانها وضعت جميع
ما في بطنها الان ولو ولدت ولدين في بطن واحد تطلق بالولد الاول واحدة وتنقضي
العدة بالولد الثاني ولا يقع به الطلاق لانها حينئذ ليست بمنكوحة ولا معتدة قوله
والمطلقة الرجعية تتشوف وتتزين وهذه من مسايل القدوري ولفظ محمد في الاصل والمعتدة
من طلاق الرجعة تتشوف لزوجها وتتزين له قال ابن دريد شفت الشي اشوفه شوفا اذا جلوته
والدينار المشوف المجلو قال الشاعر بالمشوف المعلم يعني دينارا وبه قيل تشوفت المراة اذا
تزينت هذا في الجمهرة قال في ديوان الادب رايت النسا يتشوفن اي يتطلعن ويتطاولن وقيل
التشوف التزين لكنه خاص في الوجه والتزين عام يستعمل في الوجه وغيره وانما تتشوف هذه
المطلقة لزوجها لان النكاح قايم الى انقضا العدة وليس النظر اليها بحرام للزوج والرجعة مندوب
اليها فربما يكون تشوفها حاملا له على الرجعة فيراجعها عسى الايام ان يرجعن قوما كالذي كانوا
بخلاف المعتدة من طلاق باين حيث لا تتشوف له لحرمة النظر اليها وعدم مشروعية الرجعة ثم
ادي ماوي بي عطش شديد ولكن لا سبيل الى الورود قوله فيكون مشروعا اي يكون التزين
مشروعا قوله ويستحب لزوجها ان لا يدخل عليها حتى يوذنها او يسمعها خفق نعليه وهذه
ايضا من مسايل القدوري قال صاحب الهداية معناه اذا لم يكن من قصده المراجعة اي
معنى كلام القدوري رحمه الله قال في شرح الطحاوي وينبغي له ان يعلمها بدخوله عليها ان كان
من قصده ان لا يراجعها بخفق النعال او بالتنحنح او بالندا او ما اشبه ذلك لكي تتاهب لدخوله
لكي لا يقع بصره على فرجها بشهوة فيصير مراجعا لها وليس من قصده ذلك ثم يطلقها فيودي
الى تطويل العدة وقال في شرح الاقطع قال ابو يوسف رحمه الله ليس من اجل انها حرام ولكن
لا يامن ان يرى الفرج لشهوة فتكون رجعة من غير اشهاد وذلك مكروه وطريق اخر ان ذلك
يودي الى تطويل العدة باستيناف العدة وذلك اضرار بالمراة فيكره لذلك ولهذا قال محمد في
المبسوط اكره ان يراها متجردة اذا كان لا يريد رجعتها وان راها لم يكن عليه شي لان ما فوقه
الروية وهو الوطي حلال فالروية اولى ومعنى قوله حتى يوذنها اي يعلمها واراد بخفق النعل
صوتها والنعل من الاسما المونثة السماعية وقد ذكرناها في ورده الارواح هو من خفق السراب
خفقا اذا اضطرب وهو لفظ مشترك يقال خفق النجم يخفق خفوقا اذا اضا وتلالا وخفق
القمر والنجم اذا انحطا في المغرب وخفق القلب خفقانا وخفق الرجل خفقة اذا نعس ثم
انتبه قوله وليس له ان يسافر بها حتى يشهد على رجعتها وهذه من مسايل الجامع
الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل طلق امراته
طلاقا يملك الرجعة قال ليس له ان يسافر بها ما لم يشهد على رجعتها وفيه خلاف زفر رحمه الله
ذكره فخر الاسلام البزدوي وغيره في شروح الجامع الصغير قال اذا سافر بها فقد راجعها
فلا يكره المسافرة له لان النكاح قايم ما لم تنقض العدة فصار ما بعد الطلاق كما قبل الطلاق ه
ولنا قوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان ياتين بفاحشة مبينة وجه
الاستدلال ان الاية نزلت في الطلاق الرجعي بالنقل عن ايمة التفسير اي لا تخرجوهن
حتى تنقضي عدتهن من بيوتهن من مساكنهن التي يسكنها قبل العدة وهي بيوت الازواج
واضيفت اليهن لاختصاصها بهن من حيث السكنى فدلت ان اخراجهن للازواج لا يحل ه
وكذا خروجهن بانفسهن الا ان ياتين فيخرجن لاقامة الحد عليهن وقبل خروجهن قبل انقضا

العدة

العدة فاحشة في نفسها والراي في مقابلة النص غير مقبول ولان الطلاق مبطل لملك النكاح
فكان ينبغي ان يبطل النكاح زمان وجود الطلاق الا ان حكمه تاخر الى وجود الشرط وهو
انقضا العدة لحاجة الزوج الى الرجعة فاذا لم يثبت الرجعة في المدة ظهر عمل المبطل وهو
الطلاق من زمان وجوده لعدم الحاجة الى الرجعة عملا بما هو الاصل وهو ان لا يتخلف المعلول
عن العلة ولهذا احتسب الاقرا الموجودة في المدة من العدة حتى لم يجب عليها اقرا اخر بعد المدة ه
ثم فلو لم يظهر عمل المبطل من زمان وجوده لوجب عليها اقرا اخر بخلاف ما اذا اشهد على
رجعتها لان ملك الزوج وان كان باقيا في العدة كان على شرف الزوال فاذا اشهد عليها بطلت
العدة وتقرر ملك الزوج فلم يكره السفر ولا يقال ان السفر بها دلالة الرجعة فيثبت الرجعة
اشهد او لم يشهد لانا نقول كلامنا في رجل ينادي صريحا بانه لا يراجعها ولا عبرة للدلالة مع
وجود الصريح ثم كما لا يباح اخراجهن وخروجهن الى السفر لا يباح ايضا الى ما دون السفر لاطلاق
النص المحرم الا ان حكم بعض الخروج اشد من بعض وقول محمد رحمه الله ما لم يشهد على رجعتها
لا يريد به ان الاشهاد على الرجعة واجب بل الاشهاد مستحب عندنا على ما قررناه في اوايل الباب
عند قوله ويستحب ان يشهد على الرجعة شاهدين وان لم يشهد صحت الرجعة وهو المراد من
قوله على ما قدمنا قوله والطلاق الرجعي لا يحرم الوطي وهذه من مسايل القدوري ه
وقال الشافعي رحمه الله الطلاق الرجعي يحرم الوطي فان وطيها قبل الرجعة فعليه المهر كذا
في شرح ابي نصر رحمه الله له ان الطلاق رافع لقيد النكاح فلا يحل الوطي ولنا ان النكاح
قايم بينهما ما دامت العدة بدليل صحة الظهار والايلا واللعان والخلع والتوارث وبدليل
صحة الرجعة بلا رضا المراة فيحل الوطي لقيام النكاح ولا نسلم ان الطلاق الرجعي رافع لقيد
النكاح قبل انقضا العدة فلو كان رافعا لم يصح الاحكام المذكورة ولهذا يصح الرجعة بالقول
بلا مهر جديد بلا رضا المراة اجماعا فعلم ان الرجعة استدامة النكاح لا انشا النكاح بدليل
قوله تعالى فامساك والمستديم للنكاح يحل له الوطي بلا مهر فلا معنى لقول الخصم انه يجب
عليه المهر اذا وطيها قبل الرجعة وهذه المسئلة استوفينا بيانها عند قوله او يطاها في اوايل
الباب فلينظر ثمه قوله انها قايمة اي ان الزوجية قايمة قوله لان حق الرجعة
ثبت نظرا للزوج ليمكنه التدارك عند اعتراض الندم واليه اشار الله تعالى في قوله
لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك امرا قال صاحب الكشاف الامر الذي يحدثه الله تعالى
ان يقلب قلبه من بغضها الى محبتها من الرغبة عنها الى الرغبة فيها ومن عزيمة الطلاق
الى الندم عليه فيراجعها والمعنى فطلقوهن لعدتهن واحصوا العدة لعلكم ترغبون
وتندمون فتراجعون قوله وهذا المعنى يوجب استبداده به اي ثبوت
حق الرجعة نظرا للزوج يوجب تفرد الزوج بحق الرجعة وذلك يوذن بكونه
استدامة لا انشا اي تفرد الزوج بحق الرجعة يعلم بكون الرجعة استدامة لان
الرجعة لو كانت انشا للنكاح لم يتفرد الزوج بالرجعة بلا رضا المراة او وليها وهو
المراد بقوله اذ الدليل ينافيه والضمير البارز في ينافيه راجع الى الانشا قوله
والقاطع اخر عمله الى مدة اجماعا هذا جواب عن قول الشافعي ان الزوجية زايلة لوجود
القطع فقال عمل القاطع متراخ اجماعا الى انقضا العدة بدليل ان الرجعة بالقول تصح
بلا رضا المراة عند الشافعي ايضا فعلم ان القاطع لم يعمل عمله في الحال قوله ونظرا

له على ما تقدم يعني ان القاطع آخر عمله اجماعا ونظرا الى الزوج على ما تقدم بيانه انما اراد به قوله
ثبت نظرا للزوج ليمكنه التدارك عند اعتراض الندم **فصل**
فيما تحل به المطلقة لما ذكر التدارك في الطلاق الرجعي وهو بالرجعة شرع في بيان التدارك
في غيره من الطلقات ففي الحرة فيما دون الثلاث التدارك بنكاح جديد وفي الثلاث باصابة
زوج آخر بعد نكاحه وكذا التدارك في الامة في الثنتين باصابة الزوج الآخر **قوله**
واذا كان الطلاق باينا دون الثلاث فله ان يتزوجها في العدة وبعد انقضائها وهذه من مسائل
القدوري اما جواز التزوج في العدة فلان العدة مشروعة لاستبراء الرحم صيانة عن اشتباه
النسب فمنع الغير عن التزوج للصيانة ولا يحصل الاشتباه اذا تزوجها من طلقها فلا يجب الاستبراء من
مائه في التزوج واما جواز تزوجها بعد انقضاء العدة فلان حل المحل باق لان محل النكاح انثى
من بنات آدم مع انعدام المحرمية والشرك والعدة عن الغير وهو حاصل لانها داخلة تحت
قوله تعالى واحل لكم ما وراء ذلكم وانما يزول حل المحل بالطلقة الثالثة ولم توجد فجاز له
التزوج **قوله** ولا اشتباه في اطلاقه اي لا اشتباه نسب في اطلاق الشارع الزوج في نكاحه
معتدته **قوله** فان كان الطلاق ثلاثا في الحرة او ثنتين في الامة لم تحل له حتى تنكح زوجا
غيره نكاحا صحيحا ويدخل بها ثم يطلقها او يموت عنها وهذه من مسائل القدوري اي يطلقها له
الزوج الثاني او يموت وانما قال لم تحل له مطلقا لانها لا تحل له بعد الطلقة الثالثة لا بنكاح
ولا بملك يمين حتى تنكح زوجا غيره واطلق الزوج ليشمل البالغ وغيره والمجنون وغيره اذا كان
يجامع مثله وبذلك صرح في شرح الطحاوي وانما قيد بالنكاح الصحيح لان الزوج الثاني اذا تزوجها
نكاحا فاسدا لا تحل للاول سواء دخل بها الثاني او لم يدخل لانه تعالى قال زوجا غيره والزوج
المطلق هو الذي صح نكاحه ثم الاصل في هذه المسألة قوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد
حتى تنكح زوجا غيره اعلم ان الطلاق محصور بالثلاث ولكن اختلفوا في الثالثة فقيل هي
في قوله او تسريح باحسان والاكثر على انها في هذه الآية اي فان طلقها طلقة ثالثة بعد
الطلقتين المذكورتين فلا تحل له من بعد التطليق حتى تتزوج زوجا غيره والنكاح يسند
الى المرأة في لغة العرب كما يسند التزوج يقال فلانة ناكح في بني فلان اي ذات زوج منهم ثم
والدخول ما ثبت بالآية لان اسناد الوطي الى المرأة مجاز لانها محل الفعل الوطي لا مباشرة
له واسناد التزوج اليها حقيقة والاصل في الكلام الحقيقة حتى يدل دليل المجاز وهذا
هو الذي يدل عليه ظاهر الآية وانما ثبت الدخول زيادة على النص بما يجوز بمثله الزيادة
عليه وهو الحديث المشهور وما خالف في شرط الدخول احد سوى سعيد بن المسيب قال
في الفتاوى الولوالجي وخلاصة الفتاوى وهو قول بشر المريسي وقال شمس الائمة السرخسي
رحمه الله في المبسوط هذا قول غير معتبر ولو قضى به قاض لا ينفذ قضاؤه ولكن شمس الائمة
لم يذكر قول بشر فيه وقد روي الحديث بروايات مختلفة منها ما روى مالك بن انس في الموطا
عن المسور بن رفاعة القرظي عن الزبير بن عبد الرحمن بن الزبير ان رفاعة بن سموال طلق
امرأته تميمة ابنة وهب في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثا فنكحها عبد الرحمن بن
الزبير فاعترض عنها فلم يستطع ان يمسها ففارقها فاراد رفاعة ان ينكحها وهو زوجها الاول الذي
كان طلقها فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فنهاه عن تزويجها وقال لا تحل لك حتى
تذوق العسيلة وحدث مالك ايضا عن يحيى بن سعيد عن القسم بن محمد عن عائشة رضي

الله عنها

الله عنها انها سئلت عن رجل طلق امرأته البتة فتزوجها رجل آخر فطلقها قبل ان يمسها هل يصلح للاول ان يتزوجها
فقالت عائشة لا حتى يذوق عسيلتها وحدث البخاري في الصحيح عن سعيد بن عفير عن الليث عن
عقيل عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير ان عائشة اخبرته ان امرأة رفاعة القرظي جاءت الى رسول الله
صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ان رفاعة طلقني فبت طلاقي واني نكحت بعده عبد الرحمن بن الزبير
القرظي وانما معه مثل الهدبة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعلك تريدين ان ترجعي الى
رفاعة لا حتى يذوق عسيلتك وتذوقي عسيلته وحدث البخاري ايضا عن محمد بن بشار عن يحيى عن
عبيد الله عن القاسم بن محمد عن عائشة ان رجلا طلق ثلاثا فتزوجت فطلق فسئل النبي صلى الله
عليه وسلم اتحل للاول قال لا حتى يذوق عسيلتها كما ذاق الاول وحدث البخاري ايضا عن محمد
عن ابي معاوية عن هشام بن عروة عن ابيه عن عائشة طلق رجل امرأته فتزوجت زوجا
غيره فطلقها وكانت معه مثل الهدبة فلم تصل منه الى شيء تريده فلم يلبث ان طلقها فاتت
النبي صلى الله عليه وسلم وقالت يا رسول الله ان زوجي طلقني واني تزوجت زوجا غيره فدخل
بي ولم يكن معه الا مثل الهدبة فلم يقربني الا هنة واحدة ولم يصل مني الى شيء افاحل لزوجي
الاول فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تحلين لزوجك الاول حتى يذوق الآخر عسيلتك
وتذوقي عسيلته وحدث البخاري ايضا عن عثمان بن ابي شيبة عن عبدة عن هشام بن
عروة عن ابيه عن عائشة ان رفاعة القرظي تزوج امرأة ثم طلقها فتزوجت آخر فاتت النبي صلى الله
عليه وسلم فذكرت له انه لا يأتيها وانه ليس معه الا مثل الهدبة فقالت لا حتى تذوقي
عسيلته او يذوق عسيلتك وحدث ابو موسى الحافظ محمد بن ابي بكر المديني في كتاب الامالي
باسناده الى مقاتل بن حيان قال قوله عز وجل فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره
نزلت في عائشة بنت عبد الرحمن بن عتيك النضيري كانت تحت رفاعة بن وهب بن عتيك
وهو ابن عمها فطلقها طلاقا باينا وتزوجت بعده عبد الرحمن بن الزبير القرظي ثم طلقها فاتت
النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا نبي الله ان زوجي عبد الرحمن طلقني قبل ان يمسني فارجع
الى ابن عمي زوجي الاول فقال النبي صلى الله عليه وسلم لا حتى يكون مس فلبثت ما شاء الله ان
تلبث ثم رجعت الى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ان زوجي الذي كان تزوجني
بعد زوجي الاول قد مسني فقال النبي صلى الله عليه وسلم كذبت بقولك الاول فلن اصدقك
في الآخر فلبثت ثم قبض النبي صلى الله عليه وسلم فاتت ابا بكر رضي الله عنه فقالت يا خليفة
رسول الله ارجع الى زوجي الاول فان زوجي الآخر قد مسني فقال لها ابو بكر قد عهدت
رسول الله حين قال لك وشهدته حين اتيته وعلمت ما قال لك فلا ترجعي اليه فلما قبض
ابو بكر اتت عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال لها لئن اتيتني بعد مرتك هذه لارجمنك والخلف
في رفاعة قيل انه رفاعة بن سموال وقيل رفاعة بن وهب وفرق بينهما ابن شاهين والظاهر
انهما واحد وكذا اختلف في اسم المرأة فقيل اسمها تميمة وقيل سهيمة واميمة والرميصاء
والغميصاء وقال بعض اصحابنا انما ثبت شرط الدخول باشارة الآية حملا للنكاح المذكور على
فائدة جديدة بانه ان النكاح الذي بمعنى العقد فهم من قوله زوجا غيره فلو كان المراد من
النكاح العقد كان يلزم التكرار فلا يجوز وفيه نظر لانا لا نسلم ان التكرار لا يجوز اذا اريد به
زيادة البيان كما في قوله تعالى فبأي آلاء ربكما تكذبان فلو لم يكن بل ذكر في آخر الآية كان كافيا
وايضا اسناد النكاح اليها حينئذ يكون مجازا والاصل عدمه وقد مر **قوله** لان الرق

سنصف مرة بيانه قبيل باب ايقاع الطلاق وفي فصل المحرمات ايضا في كتاب النكاح
قوله على ما عرف اي في الاصول قوله حتى تذوق عسيلة الآخر والعسيلة
كناية عن لذة الجماع وهي في الاصل تصغير عسلة والتصغير لبيان ان تلك الحلاوة
وان قلت كفت قوله ولا خلاف لاحد فيه سوى سعيد بن المسيب اي في شرط الدخول
اعلم ان سعيد بن المسيب رضي الله عنه من كبار التابعين ادرك كثيرا من الصحابة سئل عمر
بن الخطاب وغيره وكان زوج بنت ابي هريرة رضي الله عنه وكان جل اسناده عن ابي
هريرة وكان يقال له فقيه الفقهاء وعالم العلماء وعن مالك بن انس عن يحيى بن سعيد انه
قال كان يقال ان ابن المسيب راوية عمر رضي الله عنه وقال صاحب كتاب الطبقات الكبير
محمد بن سعد اخبرنا محمد بن عمر الاسلمي قال حدثنا قدامة بن موسى الجمحي قال كان سعيد
بن المسيب يفتي واصحاب رسول الله احياء وباقي وصفه يعرف في كتاب الطبقات قال
الواقدي وهو اثبت ما قيل توفي ابن المسيب سنة اربع وتسعين قوله والشرط الايلاج
دون الانزال اي شرط حل المطلقة الثلاث للزوج الاول ايلاج الزوج الثاني لا انزاله
وذلك لان الحديث شرط الدخول في قوله حتى تذوق مطلقا والانزال كمال في الايلاج وهو قيد
لا محالة والاصل في المطلق ان يجري على اطلاقه فيكتفي بمجرد ذوق العسيلة بلا انزال فان
قلت ينبغي ان يشترط الانزال لحديث العسيلة
قلت العسيلة كناية عن لذة الجماع واللذة تحصل بالجماع قبل الانزال
وبالانزال تزول اللذة وتفتر الرغبة فلا يشترط الانزال قال في شرح الطحاوي فاذا التقى الختانان
وتوارت الحشفة ثم بانت من زوجها الثاني وانقضت عدتها حلت للاول ولو خلا بها الزوج الثاني او
مات عنها لا تحل للاول لان الخلوة والموت اعطيا حكم الدخول في ايجاب العدة والمهر لا غير ولو
وطئها الزوج الثاني وهي حائض او نفساء او صائمة فانها تحل لزوجها الاول وان كان الزوج الثاني
عاصيا في فعله ولو كان مجبوبا لا تحل للاول لان المجبوب يجامع بالملامسة لا الايلاج في الفرج
اما اذا حبلت امرأة المجبوب وولدت حلت للاول وكانت محصنة ايضا في قول ابي يوسف وفي
قول محمد لا تحل للاول ولا تصير محصنة وهو قول الحسن بن زياد رحمه الله ذكره الكرخي في
مختصره قوله والصبي المراهق في التحليل كالبالغ ولفظ القدوري في مختصره وذلك لان
الشرع علق حلها للزوج الاول بنكاح زوج آخر ووطئه وقد حصل ذلك وفسر المراهق في الجامع
الصغير بقوله غلام لم يبلغ ومثله يجامع امرأته وجب عليها الغسل واحلها على الزوج الثاني
واراد بقوله ومثله يجامع ان يتحرك آلته ويشتهي وانما وجب الغسل عليها لان التقاء الختانين
سبب ظاهر اقيم مقام السبب الباطن وهو الانزال فوجب الغسل فان قلت
لا نسلم انه سبب ظاهر وانما يكون كذلك اذا كان الشخص بالغا وكلامنا في غير البالغ قلت
كلامنا فيما اذا كان الصبي يتحرك آلته ويشتهي لا فيما دون ذلك وامر الغسل مبني على الاحتياط
وجماع مثله سبب ظاهر لانزالها فيجب الغسل عليها على انا نقول هذا السؤال ساقط في
الاصل لانا لم ندع بوجوب الغسل على المراهق حتى يرد علينا السؤال بكونه غير بالغ بل ادعيناه
وجوب الغسل عليها وهي بالغة جامعة سبب لانزالها وفصل الغسل من خواص الجامع الصغير وسكت
محمد عن غسل الصبي لانه ليس بواجب بل يؤمر به تخلقا استحبابا كالمجنون ان التخلق يأتي دونه
الخلق ذكر ان عيسى عليه السلام مر بموضع قد اجتمع فيه الصبيان فرأى ابليس فيما بينهم فقال يا ملعون

ايش تصنع فيما بينهم والقلم لا يجري عليهم قال اريد ان اعودهم المعاصي في حال الصغر حتى يتعلموا
بذلك يقال راهق الغلام الحلم اي دنا منه قوله ومالك يخالفنا فيه اي في المراهق فانه
عنده الانزال شرط ولم يوجد والحجة عليه قوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره فالمراهق يسمى زوجا
اذا وجد النكاح وقد حصل الدخول كما دلت عليه السنة فلا حاجة الى الانزال لانه تضعيف وقد
مر بيانه انفا قوله ووطء المولى لا يحلها وهو لفظ القدوري في مختصره وذلك لان
شرط الحل هو دخول الزوج الثاني ولم يوجد لان المولى لا يسمى زوجا قال في شرح الاقطع
روي ان عثمان رضي الله عنه سئل عن ذلك وعنده علي وزيد بن ثابت رضي الله عنهم فرخص
في ذلك عثمان وزيد وقالا هو زوج فقام علي رضي الله عنه مغضبا كارها لما قالا وقال ليس
بزوج قوله لان الغاية اي غاية الحرمة قوله ولو تزوجها بشرط التحليل فالنكاح مكروه
وهذه مسألة القدوري ولم يذكر الخلاف فيه بين اصحابنا رضي الله عنهم لكن قال فان وطئها
حلت للاول ولهذا الجنس قال صاحب الهداية وعن ابي يوسف انه يفسد النكاح ولا يحلها
على الاول ثم قال وعن محمد انه يصح النكاح ولا يحلها على الاول وقال الامام الاسبيجابي رحمه
الله ومن تزوجها ومن نيته التحليل ولم يشترطا فانها تحل للاول ولا يكره ذلك وقيل يثاب
ولو شرطا التحليل في النكاح الثاني فانه يكره ذلك للثاني ان يتزوجها بهذا الشرط ويكره
للاول ان يتزوجها ايضا واما الجواب اختلفوا فيه على ثلاثة اقوال في قول ابي حنيفة وزفر يجوز
النكاح وتحل للاول ان تزوجها ايضا وفي قول ابي يوسف النكاح الثاني باطل ولا تحل لزوجها
الاول وفي قول محمد النكاح الثاني صحيح ولا تحل لزوجها الاول هذا في شرح الطحاوي وكذلك
ذكر الجواب على هذا الاختلاف في شرح الاقطع وكذا هنية النوازل والمختلف والمنظومة
والفتاوى الظهيرية والخلاصة وذكر شمس الائمة السرخسي رحمه الله في شرح الكافي جواب
ابي حنيفة كذلك لكن قال عند ابي يوسف النكاح جائز ولا تحل للاول وعند محمد النكاح فاسد
وجعل في الفتاوى الولوالجي جواز النكاح عند ابي يوسف وفساده عند محمد رواية هشام
في نوادره عنهما فثبت عنهما روايتان وذكر في روضة الزندويسي في باب النكاح في الصورة قال
ابو حنيفة رضي الله عنه النكاح جائز والشرط جائز حتى اذا لم يطلقها الثاني يجبره على طلاقها
يجبرها القاضي على ذلك وتحل للزوج الاول اذا طلقها الثاني في رواية او يابى القاضي اباه
قال الشيخ ظهير الدين هذا البيان لم يوجد في غيره من الكتب وقال بعضهم يكون المحلل ماجورا
كذا في التتمة والفتاوى الصغرى والخلاصة وذلك لانه فعل ما هو مباح في نفسه ونوى
ان يصل به الاول الى الحلال ومن احتال للتناول الحلال من حيث انه ليس فيه ابطال حق
ولا اضرار باحد كان جائزا ووجه قول ابي يوسف ما روي في السنن والجامع الترمذي مسندا
الى علي وابن مسعود وجابر بن عبد الله رضي الله عنهم ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لعن المحلل
والمحلل له ووجه الاستدلال به ان النكاح سنة ونعمة من الله تعالى على عباده فلو كان
النكاح بشرط التحليل جائزا لم يستحق الموجب اللعن فثبت الفساد وبالنكاح الفاسد لا تحل
للاول ولانه في معنى التوقيت وهو مبطل للنكاح ووجه قول ابي حنيفة ومحمد في صحة النكاح
ان النكاح ليس بموقت حقيقة فلم يكن في معنى المتعة التي ورد النهي عنها فصح والنكاح الصحيح
من الزوج الثاني غاية للحرمة غاية ما في الباب ان شرط التحليل شرط فاسد والنكاح لا
يفسد بالشروط الفاسدة الا ان محمدا لم يثبت الحل لانه استعجل ما هو مؤخر شرعا فرد قصده

الا شيء لو كان قتل مورثه حيث يحرم الميراث لانه استعجل ما اخره الشرع قوله
وهذا هو محلله يعني ان محمل الحديث هو الكراهة لا فساد النكاح قوله لانه في معنى
الموقت الموقت فيه اي لان شرط التحليل في معنى الوقت في النكاح قوله لما بينا اراد
به قوله اذا كان النكاح لا يبطل بالشروط قوله لانه استعجل ما اخره الشرع وذلك
لان النكاح عقد عمر وشرط التحليل خلافه قوله واذا طلق الحرة تطليقة او تطليقتين
وانقضت عدتها وتزوجت بزوج اخر ثم عادت الى الزوج الاول عادت بثلاث تطليقات
ويهدم الزوج الثاني ما دون الثلاث كما يهدم الثلاث وهذا عند ابي حنيفة وابي
يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يهدم ما دون الثلاث وهذه من مسائل
المعد وذكر في بعض النسخ وهدم الزوج الثاني الطلاق ما دون الثلاث فعلى تلك
الرواية يكون ما منصوبا على المحل على انه بدل من الطلاق وقول زفر والشافعي كقول
محمد كذا في المبسوط وطريقة الخلاف لعلاء الدين العالم وصورته اذا قال العلماء والمراد
بقوله لما يهدم الطلقة والطلقتين ان المراة تعود بتصير بحالة لا تحرم حرمة غليظة
الا بالطلقات الثلاث والمراد بقوله لا يهدم انها تصير بحالة تحرم حرمة غليظة
بما بقي من الطلقات الثلاث والمسألة مختلف فيها بين الصحابة رضي الله عنهم فمذهب ابن
عباس وابن عمر رضي الله عنهما كما قال ابو حنيفة وابو يوسف ومذهب عمر وعلي
وابي بن كعب وعمران ابن حصين وابي هريرة رضي الله عنهم كما قال محمد كذا ذكر
الحاكم الشهيد في الكافي وقال شمس الائمة السرخسي رحمه الله في شرح الكافي اخذ
الشبان من الفقها بقول المشايخ من الصحابة والمشايخ من الفقها بقول الشبان من الصحابة
رضي الله عنهم وجه قول محمد رحمه الله ان الله تعالى جعل الزوج الثاني غاية للحرمة
في قوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره لان حتى حرف موضوع
للغاية ولا غاية للحرمة الا اذا كانت الحرمة ولا تثبت الحرمة الا بالثلاث تطليقات
بالنص فيكون وجود الزوج الثاني فيما دون الثلاث لعدمه لعدم ثبوت الحرمة
وذلك لان الحل لم يرتفع ولهذا يجوز للزوج الاول ان يتزوجها بلا نكاح زوج ثاني
واما بجعله فانه يجعل الزوج الثاني لا يهدم ما دون الثلاث ووجه قول ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله ان الزوج الثاني محلل بالحديث وهو الذي يجعل المحل حلالا او يجعله
حلالا لا يكون الا باثبات الحل فيه كما ان من جعل المحل متحركا لا يكون ذلك الا باثبات الحركة
فيه فعلم ان الزوج الثاني مثبت الحل ثم لا يخلو من احد الامرين اما ان يكون المراد من
الحل هو الحل السابق او الحل الجديد فلا يجوز الاول لانه حينئذ يلزم تحصيل الحاصل
وهو تحصيل بعده لان الحل السابق موجود فيما دون الثلاث فتعين الثاني وهو
الحل الجديد فصار زوال المراة بالزوج الثاني ملحقة بالاجنبية فلم تحرم على الزوج
الاول الا بثلاث تطليقات لان حكم الحل الجديد هكذا ولان الزوج الثاني لما كان
رافعا للثلاث والحرمة ثابتة بها كان رافعا لما دون الثلاث وهو دونها لانه
على عرض ثبوت الحرمة اولى واحرى فافهم فان قيل
سلمنا ان المحل والمحلل هو الذي يجعل المحل حلالا لكن لا نسلم ان المراد به هو الزوج
الثاني فليس في الحديث بيان ارادته ولم لا يجوز ان يكون المراد منه نكاح المتعة وكذا كان

مشروعا

مشروعا ثم انتسخ وقرينة اللعن تدل على ذلك لان مباشر النكاح المتعة مباشر المنسوخ وهو
حرام بخلاف مباشر النكاح فيما دون الثلاث فانه مباشر الحلال فلا يستحق اللعن قلت
الناقل للحديث اذا كان ثقة يقبل نقله في نفس الحديث وكذلك يقبل نقله فيمن جاء فيه
الحديث واهل الحديث اوردوه في باب ما جاء في الزوج الثاني فتعين مرادا بنقلهم فان
قيل سلمنا ان المراد به الزوج الثاني لكن لا نسلم انه هو
المراد مطلقا اهو مراد قبل الطلقات الثلاث او بعد الثلاث فالاول ممنوع لان
الزوج الثاني ليس بمحل قبل الثلاث لان الحل موجود والثاني مسلم لكنه لا يفيد لان
نزاعنا فيما دون الثلاث قلت المراد منه الزوج الثاني
مطلقا عملا باطلاق الحديث ولا نسلم ان الزوج الثاني ليس بمحل قبل الثلاث بل هو مثبت
حلا جديدا حيث لا تحرم عليه الا بثلاث تطليقات مستقبلات فلا يلزم تحصيل الحاصل
فان قيل الحديث محتمل متروك العمل بظاهره
فلا يصح الاحتجاج به بيانه ان الحديث يقتضي اثبات الحل مطلقا بظاهره وليس كذلك
فان الزوج الثاني بعد الطلقات الثلاث لا يثبت الحل ما لم يوجد الاصابة فكان الاصابة
هي المثبتة للحل لا نفس الزوج الثاني قلت لا نسلم انه من
باب ترك العمل بالظاهر بل هو من باب التخصيص والتقييد بيانه ان الحديث يقتضي
ان يكون الزوج الثاني مثبتا للحل مطلقا في عموم الاحوال قبل الاصابة وبعدها لكن ما
قبل الاصابة خرج عن ان يكون مرادا بحديث العسيلة فبقي الثاني على اطلاقه وعمومه
فيما دون الثلاث فان قيل لو كان الحديث مقتضيا للحل
الجديد يلزم المعارضة بكتاب الله تعالى فلا يجوز بيانه ان الزوج الثاني غاية للحرمة
فاذا انتهت الحرمة يثبت الحل بالسبب السابق لان الحكم عند انتهاء العلة يثبت بالسبب
السابق لا بسبب مبتدا كملك المواجر عند انتهاء الاجارة بيانه ان قوله تعالى واحل لكم
ما وراء ذلكم يقتضي الحل مطلقا في عموم الاوقات الا ان الحرمة تثبت بثلاث تطليقات
مغياة الى غاية الزوج الثاني فاذا انتهت الحرمة بالزوج الثاني يثبت الحل الاصلي
بالسبب السابق ولا حاجة الى سبب مبتدا قلت
لا نسلم ان الحرمة اذا انتهت يثبت الحل بالسبب السابق لا محالة بل يجوز ان يثبت
بسبب اخر اذا دل الدليل عليه وقد دل الدليل لان الزوج الثاني مثبت للحل فلو
كان ثبوت الحل بالسبب السابق لم يكن الزوج الثاني محللا وقد سماه رسول الله صلى
الله عليه وسلم محللا فلا يلزم المعارضة لان انتهاء الحرمة لم يدل على ثبوت الحل بالسبب
السابق لا محالة فافهم ذلك ففي القليل عبرة للعاقل عن الكثير قوله واذا طلقها
ثلاثا فقالت انقضت عدتي وتزوجت بزوج اخر ودخل بي الزوج وطلقني وانقضت عدتي
والمدة تحتمل ذلك جاز للزوج ان يصدقها اذا كان في غالب ظنه انها صادقة وهذه
من مسائل القدوري وعلل صاحب الهداية بقوله لانها معاملة او امر ديني وقول
الواحد فيهما مقبول وانث الضمير بالنظر الى الخبر اعني المعاملة وفي بعض النسخ لانه
معاملة اي لان قول المراة انقضت عدتي وتزوجت بزوج اخر ودخل بي الزوج
وطلقني وانقضت عدتي معاملة او امر ديني والمراد من قوله دخل بي الزوج هو

الزوج الثاني ومن قوله جاز للزوج هو الزوج الاول ومعنى كلامه ان اخبارها لا يخلوا اما ان
يكون من باب المعاملات لان النكاح منها او من باب الديانات لتعلق الحل والحرمة به وفي كل منهما
يقبل خبر الواحد ولكن كلامه يوهم بان اخبارها مقبول وان لم تكن عدلا لانه اطلق في التعليل
وليس الامر كذلك فان الرواية منصوصة في اخر كتاب الاستحسان بان الزوج الاول لا باس عليه
ان يتزوجها اذا كانت عنده ثقة او وقع في قلبه انها صادقة وبه صرح الحاكم الجليل الشهيد
في الكافي وشمس الائمة السرخسي في كتاب الشامل وقد عرف في الاصول ان خبر الواحد العدل
حجة في الديانات لان الصحابة كانوا يقبلون خبر العدل من غير اشتراط العدد واما المعاملات
التي ليس فيها معنى الالزام كالوكالات والمضاربات والاذن للعبد في التجارة يقبل فيها خبر
كل مميز عدلا كان او فاسقا صبيا كان او فاسقا صبيا كان او بالغا مسلما كان او كافرا حرا
كان او عبدا كذا كان او انثى من غير اشتراط العدد والعدالة دفعا للضرورة بخلاف
ما فيه الزام من حقوق العباد حيث يشترط العدد والعدالة وتعيين لفظ الشهادة
لانها تبتنى على المنازعة فاحتيج الى زيادة توكيد دفعا للتزوير والحيل والباقي يعرف في
الاصول ثم نرجع الى ما نحن فيه فنقول انما جاز للزوج الاول ان يصدقها ويتزوجها اذا
كان في ظنه انها صادقة لانها امينة في اخبارها عن انقضاء عدتها والقول قول الامين فيما
لا يستحيل او لا يستنكر فاذا كانت المدة تحتمل ذلك لا يكون اخبارها مستحيلا ولا مستنكرا
فيقبل قولها والا فلا ثم ادنى المدة التي تصدق المعتدة بالطلاق يحتاج الى البيان فان كانت
ممن لا تحيض لصغر او كبر فادنى المدة ثلاثة اشهر بالاتفاق فان كانت تحيض ففيه اختلاف
قال ابو حنيفة رضي الله عنه لا تصدق في اقل من ستين يوما وعندهما تصدق في تسعة
وثلاثين يوما لهما انها امينة في الاخبار وقد امكن تصديقها فيه فتصدق بيانه ان الطلاق
يجعل واقعا في اخر الطهر ثم يحسب كل حيض ثلاثة ايام فيكون تسعة وكل طهر من الطهرين
المتخللين خمسة عشر فيكون ثلاثين والجملة تسعة وثلاثون يوما ولابي حنيفة رضي الله
عنه وجهان احدهما ما روى محمد عنه وهو ان الطلاق يجعل واقعا في اول الطهر فيحسب
كل طهر خمسة عشر فيكون خمسة وار بعين ثم يحسب كل حيضة خمسة ايام فيكون خمسة عشر
والجملة ستون يوما وذلك لان الخمسة بين الاقل والاكثر والوجه الثاني ما روى عنه
الحسن بن زياد رحمه الله وهو ان يجعل الطلاق واقعا في اخر الطهر احترازا عن تطويل
العدة ثم يجعل كل حيض عشرة ايام فيكون حيضها ثلاثين والطهران المتخللان ثلاثون
والجملة ستون يوما وعلى قول ابي يوسف ومحمد يلزم اعتبار الاقل في الحيض والطهر
جميعا وذلك في غاية التدقيق فلا يعتبر **قوله** واختلفوا في ادنى هذه المدة اي
اختلف ابو حنيفة وصاحباه في ادنى المدة التي تصدق المعتدة في انقضاء العدة
قوله وسنبينها في باب العدة ان شاء الله تعالى اي سنبين تلك المدة في باب العدة وهذا
وعد لم يتحقق بالانجاز وقد ادى نادا لحاجب فسبحان الذي لا يزل ولا يضل ولا
ينسا وكفاك بيباننا انفا فهمه ان شاء الله تعالى

باب الايلا

وجه مناسبة الباب بما تقدم ان التحريمات التي تحصل من جهة الزوج اربعة
الطلاق والايلا والظهار واللعان فلما فرغ من بيان الطلاق شرع في الايلا لان حكم
الطلاق في الايلا لا يثبت على الفور بل يثبت موجلا الى انقضاء المدة وكان القياس ان يذكر

الخلع قبل الايلا لان الخلع نوع من الطلاق الا انه لما كان بعوض تباعد عن الطلاق
فاخر عن الايلا وقدم الخلع على الظهار لان الظهار منكر من القول وزور وليس الخلع
كذلك ثم قدم الظهار على اللعان لان الظهار اقرب الى الاباحة من اللعان بدليل ان
سبب اللعان بدليل ان سبب اللعان وهو القذف بالزنا لو اضيف الى غير الزوجة
يجب الحد والموجب للحد معصية محضة بلا شائبة الاباحة فافهم ثم الايلا مصدر
من قولهم الى يولي ايلا اي حلف والاسم الالية قال الاعشى فاليت لا ارثي لها من كلالة
ولا من حفى حتى تلاقي محمدا اي حلفت على ان لا ارحم لناقتي من كلال ولا من رقة قدم
حتى تلاقي ناقتي محمدا عليه السلام واسكن اليا من تلاقي لضرورة الشعر واعلم ان
الاصل في باب الايلا قوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص اربعة اشهر فان
فاؤا فان الله غفور رحيم وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم وقرا عبد الله بن
مسعود فان فاؤا فيهن كذا في الكشاف والمبسوط اي رجعوا في الاربعة الاشهر في
قال محمد في الاصل بلغنا عن ابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهما انهما قالا عزيمة الطلا
انقضا الاربعة الاشهر قال الواحدي في كتاب اسباب نزول القران باسناده الى عطا
عن ابن عباس رضي الله عنه قال كان ايلا اهل الجاهلية السنة والسنتين واكثر من ذلك
فوقت الله تعالى اربعة اشهر فمن كان ايلاؤه اقل من اربعة اشهر فليس بايلا ثم قال وقال
سعيد بن المسيب كان الايلا ضرارا اهل الجاهلية كان الرجل لا يريد المراة ولا يحب ان يتزوجها
غيره فيحلف ان لا يقربها ابدا وكان يتركها كذلك لا ايما ولا ذات بعل فجعل الله تعالى له
الاجل الذي يعلم به ما عند الرجل في المراة اربعة اشهر وانزل للذين يؤلون من
نسائهم الاية فاسم شرعي فيه معنى اللغة وهو انه في الشرع عبارة عن اليمين على ترك
قوله الوطي مدة مخصوصة على وجه لا يمكنه الوطي في المدة الا بحنث يلزمه بسبب اليمين
واذا قال الرجل لامراته والله لا اقربك او قال والله لا اقربك اربعة اشهر فهو مولي
وهذه من مسايل القدوري اذا حلف على الابد فهو مول اجماعا اما اذا حلف على اربعة
اشهر فهو مول عندنا خلافا للشافعي فان عنده لا يكون موليا حتى يحلف على اكثر من اربعة
اشهر بنا على ان الفي عنده بعد اربعة اشهر فلا بد من مدة زايدة على الاربعة الاشهر
فانه يقول اذا مضت اربعة اشهر فاما ان يفي واما ان يطلق وهو مذهب مالك واحمد
واسحاق ولنا قوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص اربعة اشهر فقد صح له
الايلا في الاربعة الاشهر فمن شرط الزيادة على ذلك ترك ظاهر الاية فان قالوا
قوله تعالى فان فاؤا يدل على ان الفي بعد تلك المدة لان الفا للتعقيب قلت
قد ذكرنا قبل ان عبد الله بن مسعود قرا فان فاؤا فيهن اي في المدة المذكورة وقراته
لا تخلو عن سماع عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ونحن نقول بموجب التعقيب
ايضا لان قوله تعالى فان فاؤا وان عزموا ورد تفصيلا لقوله تعالى للذين يؤلون
من نسائهم والتفصيل يعقب المفصل ابدا ومذهب سفيان مثل مذهبنا والفاظ
الايلا مثل ان يقول لامراته والله لا اقربك ذكر الابد او لم يذكر او قال والله لا جامعك
او قال لا باضعك او لا اطاوك او لا اغتسل منك من جنابة فانه يكون موليا
ولو قال والله لا امسك او لا يجمع راسي وراسك او قال والله لا غيظنك او لا سوءنك

اولا اقرب فراشك او قال لا ادخل عليك ان نوى الجماع كان موليا والا فلا وكذا اذا قال
وعزة الله وعظمة الله يكون موليا وكل لفظ ينعقد به اليمين يكون به موليا وما لا فلا
واذا قال وهو في رجب والله لا اقربك حتى اصوم المحرم يكون موليا وكذا اذا قال والله
لا اقربك الا في مكان كذا ومسافة ذلك المكان اربعة اشهر فصاعدا يكون موليا وكذا
اذا قال والله لا اقربك حتى تفطمي صبيك والى مدة الفطام اربعة اشهر فصاعدا يكون
موليا وان كان اقل من ذلك لا يكون موليا ولو قال والله لا اقربك حتى تطلع الشمس
من مغربها او حتى يخرج الدجال لا يكون موليا قياسا لانه يرجى وجودهما ساعة
فساعة وفي الاستحسان يكون موليا لانه يستعمل للتابيد عادة وكذا اذا قال والله لا اقربك
حتى تقوم الساعة او حتى يلج الجمل في سم الخياط يكون موليا كذا في شرح الطحاوي وقال
الحاكم في الكافي اذا قال لامراته انا منك مول وعنى الايجاب فهو مول وان قال عنيت
الخبر بالكذب لم يدين في القضا وقال فيه ايضا انت علي مثل امراة فلان وقد كان فلان
آلى من امراته فنوى الايلا كان موليا وقال في الشامل حلف لا يقربها وهي حايض لم
يكن موليا لان الزوج ممنوع عن الوطي بالحيض فلا يصير المنع مضافا الى اليمين والباقي
يعرف في كتب اصحابنا رحمهم الله **قوله** فان وطيها في الاربعة الاشهر حنث في يمينه
ولزمته الكفارة هذا لفظ القدوري اعلم انه شرع في بيان حكم الايلا وقال اذا وطيها
المولي في مدة الايلا حنث وذلك لانه فات البر الذي هو وفاوه على ترك الوطي فاذا
لم يف فقد حنث ولزمته الكفارة اي كفارة اليمين لقوله لا يواخذكم الله باللغو في ايمانكم
ولكن يواخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته اطعام عشرة مساكين من اوسط ما تطعمون
اهليكم او كسوتهم او تحرير رقبة فمن لم يجد فصيام ثلاثة ايام ذلك كفارة ايمانكم اذا
حلفتم جعل الله تعالى موجب الحلف الكفارة عند الحنث والايلا حلف وقد حنث فيه
فتلزمه الكفارة عند الحنث والايلا حلف وقد حنث فيه فتلزمه الكفارة وقد حدث
صاحب السنن مسندا الى عبد الرحمن بن سمرة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى
الله عليه وسلم يا عبد الرحمن بن سمرة اذا حلفت على يمين فرايت غيرها خيرا منها فات
الذي هو خير وكفر يمينك فقد جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم موجب الحنث
الكفارة والواطي في المدة حانث فتلزمه الكفارة فان قلت
يجب بالايلا احد الامرين اما الفي واما عزيمة الطلاق فان اختار عزيمة الطلاق لا يجب
الكفارة فكذا اذا اختار الفي ولهذا روي عن الشافعي في قوله القديم اذا وطيها في المدة
فلا كفارة عليه قلت في المقيس وجد الحنث
والكفارة موجبه وفي المقيس عليه لم يوجد الحنث فلا يجب الكفارة فافترقا والقياس
بلا مماثلة فاسد فان قلت قوله تعالى فان الله
غفور رحيم عقيب قوله فان فاوا يدل على عدم وجوب الكفارة قلت
لا نسلم ونحن قد استدللنا بالاية والحديث على وجوب الكفارة وثبوت المغفرة لا
ينافي وجوب الكفارة لان المغفرة تدل على نفي المواخذة في الاخرة لا غير **قوله**
وسقط الايلا اي بالوطي في المدة وانما سقط لانحلال اليمين بالحنث **قوله**
وان لم يقربها حتى مضت المدة بانت منه بتطليقة هذا لفظ القدوري ايضا وهذا

حكم الايلا على تقدير عدم الوطي في المدة قال ابو عيسى الترمذي رحمه الله في جامعه
في علل الحديث اختلف اهل العلم فيه اذا مضت اربعة اشهر يوقف فاما ان يفي واما ان
يطلق وهو قول مالك والشافعي واحمد واسحاق وقال بعض اهل العلم من اصحاب
النبي صلى الله عليه وسلم وغيرهم اذا مضت اربعة اشهر فهي تطليقة باينة وقال في الموطا
عن سعيد بن المسيب وابي بكر بن عبد الرحمن انهما كانا يقولان اذا مضت الاربعة الاشهر
فهي تطليقة واحدة ولزوجها عليها الرجعة ما دامت في العدة قال مالك وكان ذلك
راي ابن شهاب وحجتنا قوله تعالى وان عزموا الطلاق اي ان تربصوا الى انقضا المدة
وتركوا الفي في المدة جعل تعالى ترك الفي في المدة عزيمة الطلاق يويده ما قال محمد
بن الحسن في الاصل بلغنا عن ابن مسعود وابن عباس انهما قالا عزيمة الطلاق
انقضا الاربعة الاشهر فمعنى الاية ان اوجبوا الطلاق بترك الفي فان الله سميع لمقالتهم
بكلمة الايلا عليم بهم وهذا وعيد على ترك الفي فان قلت
سلمنا ان بمجرد مضي الاربعة الاشهر يقع الطلاق ولكن لا نسلم انه باين ولا دلالة في
الاية على الباين فلم لا يجوز ان يقع رجعيا كما روي في الموطا عن ابن المسيب قلت
انما وقع باينا لان الزوج ظلمها حيث منع حقها المستحق عليه وهو الوطي في المدة فجازاه
الشرع بالطلاق عند مضي المدة تخليصا لها عن ضرر التعليق ولا يحصل التخلص
بالرجعي فوقع باينا ولان الايلا كان طلاقا باينا على الفور في الجاهلية بحيث لا يقربها
الشخص بعد الايلا ابدا فجعله الشرع موجلا بقوله تربص اربعة اشهر الى انقضا
المدة فحصلت الاشارة الى ان الواقع بالايلا باين لكنه موجل فافهم **قوله** وقال
الشافعي تبين بتفريق القاضي مذهب الشافعي انه يفي او يطلق بعد المدة فان لم يطلق
يطلقها القاضي دفعا للظلم كما في الجب والعنة **قوله** وهو الماثور عن عثمان وعلي
والعبادلة الثلاثة وزيد بن ثابت رضي الله عنهم اي مذهبنا وهو وقوع البينونة بعد
مضي مدة الايلا مروي عن الصحابة المذكورين رضي الله عنهم واراد بالعبادلة الثلاثة
عبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر وفيه نظر لان مالكا حدث
في الموطا عن جعفر بن محمد عن ابيه عن علي بن طالب انه كان يقول اذا آلى رجل من
امراته لم يقع عليه الطلاق وان مضت الاربعة الاشهر حتى يوقف فاما ان يطلق واما
ان يفي وكذلك روى البخاري في الصحيح انه لا يقع الطلاق حتى يطلق ونقل ذلك عن
عثمان وعلي وابن عمر وابي الدردا وعايشة واثني عشر رجلا من اصحاب النبي صلى الله
عليه وسلم فعلم ان مذهب عثمان وعلي وابن عمر ليس كما قال صاحب الهداية على ما قال
البخاري ولكن محمد بن الحسن قال في موطاه بلغنا عن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان
وعبد الله بن مسعود وزيد بن ثابت انهم قالوا اذا آلى الرجل من امراته فمضت
اربعة اشهر قبل ان يفي فقد بانت بتطليقة باين وهو خاطب من الخطاب وكانوا
لا يرون ان يوقف بعد الاربعة الاشهر وقال ابن عباس في تفسير هذه الاية
للذين يولون من نسايهم الى قوله فان الله سميع عليم قال الفي الجماع في الاربعة
الاشهر وعزيمة الطلاق انقضا الاربعة الاشهر فاذا مضت بانت بتطليقة ولا
يوقف بعدها وكان ابن عباس اعلم بتفسير القران من غيره الى هنا لفظ محمد في موطاه

ثم اعلم ان الاكثر من الصحابة رضي الله عنهم على ما قال اصحابنا رحمهم الله بدليل نقل البخاري
عن اثني عشر رجلا من الصحابة انه لا يقع الطلاق حتى يطلق وذاك لان الاثني عشر
رجلا اذا قالوا بذلك كان غيرهم وهم الاكثر منهم على خلاف ذلك وهو وقوع الطلاق
بمضي المدة والا لا يكون لتخصيص الاثني عشر فائدة فافهم **قوله** فان كان حلف
على اربعة اشهر فقد سقطت اليمين وهذه مسئلة القدوري وهذا تفصيل لحكم الايلا
على تقدير عدم الوطي في المدة من وجه اخر وهو ان يقال لا يخلوا من احد الامرين
اما ان حلف على اربعة اشهر بان قال والله لا اقربك اربعة اشهر وما شابه ذلك من
الالفاظ او حلف على الابد بان ذكر الابد او لم يذكر المدة ففي الاول تسقط اليمين
بمضي المدة لان اليمين اذا كانت موقتة بالوقت تنتهي بانتهاء ذلك الوقت ولا يلزم على
الحالف شي اخر لانه لم يحلف على اكثر من ذلك وفي الثاني يقع البينونة بمضي المدة ولا
يسقط اليمين لان اليمين لم تنحل لعدم الحنث وعدم فوت المحلوف عليه اما عدم الحنث
فلانه لم يوجد منه الوطي في المدة واما عدم فوت المحلوف عليه فلانه لم يوقت
وقتا خاصا فكانت اليمين مؤبدة فبقيت على حالها ثم اذا مضت اربعة اشهر اخر قبل
التزوج هل يقع عليه الطلاق بحكم الايلا ام لا قال الشيخ ابو المعين النسفي رحمه الله
في شرح الجامع الكبير ولا نص في هذه المسئلة يعني عن ابي حنيفة وابي يوسف
ومحمد رحمهم الله ثم قال اختلف مشايخنا فيها كان الفقيه ابو بكر الاعمش البلخي
والفقيه محمد بن ابراهيم الميداني والفقيه الجليل بن احمد الصابغ والشيخ ابو
الحسن الكرخي والشيخ الامام ابو بكر محمد بن الفضل والفقيه اسحاق الحافظ يقولون
لا يتكرر الطلاق على المولي منها وان تكررت المدة وهي في العدة وكان الفقيه ابو سهل الشرعي يقول يتكرر
الطلاق بتكرر المدة لان تقدير الايلا في حق الطلاق يكون كانه قال كلما مضت اربعة اشهر ولم اقربك
فيها فانت طالق بائن الا ترى انه لو لم يقربها حتى بانت ثم تزوجها ولم يقربها اربعة اشهر بانت فدل انه
بمنزلة التعليق بشرط متكرر والطلاق يتكرر المدة لان العدة في جعلها محلا للطلاق كاصل الملك
وجه قول عامة المشايخ رحمهم الله ان المبانة ليست محل الاستيناف الايلا فلا تكون محلا ايضا لا
لاستيناف الايلا فلا تكون محلا ايضا لاستيناف المدة لان الايلا انما جعل طلاقا بترك الوطي في المدة
لكون الرجل مسيا ظالما بمنعه حقها المستحق عليه وهذا المعنى لا يوجد في المبانة لانه ليس بظالم
في ترك الوطي لان وطي المبانة حرام بل هو محسن لاحترازه عن الحرام بخلاف ما اذا تزوجها
ثانيا حيث يقع الطلاق بمضي المدة مرة اخرى لانه ظلمها بترك الوطي في المدة فعوقب بتفريق امرأته
منه وبخلاف ما اذا قال كلما مضت اربعة اشهر لانه لما صرح بلفظ الايقاع صار عاملا في العدة
وهنا لم يوجد التصريح **قوله** ولم يوجد الحنث لترتفع به اي لترتفع اليمين بالحنث **قوله**
الا انه لا يتكرر الطلاق قبل التزوج استثنا من قوله فاليمين باقية يعني ان اليمين باقية لعدم
الحنث حتى اذا وجد الوطي بعد البينونة يلزمه الكفارة لكنه لا يتكرر الطلاق بمضي المدة
الاخرى قبل وجود التزوج وان كانت في العدة بان كانت ممتدة الطهر مثلا وهو اختيار
عامة المشايخ رحمهم الله وقد بينا وجه ذلك انفا فما احسن قول اوحد الدين النسفي في نظم
الجامع ان امرأة بانت بلا زوجها وعدة تهايتع ولا تتصوم فلم ينعقد اخرى قبل انقضائها
وفيها انواع الخلاف تكلموا **قوله** فان عاد فتزوجها عاد الايلا فان وطيها والا وقعت

يعني

يعني اربعة اشهر اخرى هذا لفظ القدوري رحمه الله في مختصره وفيه اشارة الى ان
الايلا يسقط بمضي الاربعة الاشهر الاولى وان كانت اليمين باقية فان وطيها بعد ذلك في الاربعة
الاشهر حنث في يمينه ولزمته كفارة اليمين وان لم يطاها وقعت بمضي اربعة اشهر اخرى
اي طلقة اخرى وانما عاد الايلا بالتزوج لان حقها في الوطي قد عاد بالتزوج وقد منع الزوج
ذلك لبقاء يمينه لكونها واقعة على الابد وهذا لان زوال الملك لا يبطل اليمين لان ذمة
الحالف كافية لبقاء اليمين ولم تنحل لعدم الحنث فبقيت كما كانت فلما عاد الايلا بالتزوج اعتبر مدة
الايلا من وقت التزوج فاذا مضت المدة بانت اخرى وسقط الايلا واليمين بحالها لانه حلف
على الابد ثم اذا تزوجها مرة ثالثة عاد الايلا فبانت بطلقة اخرى بمضي المدة ان لم يطاها في المدة
لما قلنا ثم اذا تزوجها بعد زوج اخر لا يعود الايلا لان الايلا ساوى سائر الايمان في حق الحنث
ويخالفها في البر فانه في حق البر تعليق الطلاق بمضي بترك وطي الزوج مدة مخصوصة
فكان الزوج قال لامرأته الحرة ان لم اقربك اربعة اشهر فانت طالق بائن والمعلق طلاق
هذا الملك وقد استوفي ذلك بالثلاث فلا يقع شي بعد زوج اخر وهي فرع مسئلة التنجيز لان
التنجيز عندنا يبطل التعليق خلافا لزفر لكن اليمين باقية لو قربها على الابد فان وطيها
انحلت يمينه لوجود الحنث فكفر عنها قال الامام الاسبيجابي رحمه الله ولو الى من امرأته
ومضت اربعة اشهر ولم يف اليها بانت منه بتطليقة ثم تزوجت بزوج اخر بعد ما انقضت
عدتها ثم عادت الى الاول ينعقد الايلا بالاتفاق الا ان عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما
الله ينعقد الايلا بثلاث تطليقات مستقبلات وعند محمد رحمه الله ينعقد الايلا على ما بقي
من الثلاث ذكره في شرح الطحاوي وهي فرع مسئلة الهدم وقد مر تحقيقها **قوله**
ويعتبر ابتدا هذا الايلا من وقت التزوج اي يعتبر ابتدا الايلا العايد بالتزوج من
وقت التزوج **قوله** فان تزوجها ثالثا وفي بعض النسخ ثانيا ولكل وجه اما
الاول فبالنظر الى التزوج قبل الايلا واما الثاني فبالنظر الى التزوج بعد الايلا **قوله**
لما بينا اشارة الى ما قال انفا بقوله لان اليمين باقية لاطلاقها وبالتزوج ثبت حقها فيتحقق
الظلم اي ثبت حق المراة في الوطي لمنعها الزوج فصار ظالما لمجوزي بتفريق امرأته **قوله**
واليمين باقية لاطلاقها وعدم الحنث اما اطلاقها فلانه لم يعين وقتا خاصا واما عدم
الحنث فلان الوطي لم يوجد فكانت اليمين باقية لان فواتها باحد امرين اما بفوات المحلوف
عليه او بالحنث ولم يوجد لا هذا ولا ذاك **قوله** وان حلف على اقل من اربعة اشهر
لم يكن موليا وهذه مسئلة القدوري قال في الاصل بلغنا ذلك عن ابن عباس وقال الحاكم الشهيد
في الكافي قال ابن ابي ليلى هو مول ان تركها اربعة اشهر قال شمس الايمة السرخسي رحمه الله
في شرح الكافي وهكذا كان يقول ابو حنيفة رضي الله عنه في الابتدا ثم لما بلغه فتوى ابن
عباس رضي الله عنه لا ايلا فيما دون اربعة اشهر رجع عن قوله وقال في شرح الاقطع قال
نفاة القياس يكون موليا ولو حلف على ساعة والصحيح قولنا لان الشرع قدر مدة الايلا
باربعة اشهر فلو كان الايلا صحيحا فيما دون ذلك لم يكن للتخصيص معنى **قوله**
ولان الامتناع عن قربانها في اكثر المدة بلا مانع وبمثله لا يثبت حكم الطلاق فيه يعني
انما لا يثبت حكم الايلا فيما اذا حلف على اقل من اربعة اشهر لانه اذا حلف على شهر مثلا
تمضي بعد ذلك اربعة اشهر ولم يطاها في الاربعة الاشهر يكون امتناعها في اكثر المدة

وهو ثلاثة اشهر حاصلا بلا مانع بيمين والامتناع اذا كان بلا مانع بيمين لا يثبت حكم الايلا
في الامتناع كما اذا ترك وطيها اصلا ابدا لا يقع الطلاق اذا لم يكن حلف على ترك وطيها لان
تحقيقه ان المولي من لا يمكنه قربان امراته الا بشي يلزمه وهنا يمكنه القربان في اكثر المدة
بدون شي يلزمه بعد مضي الشهر فلا يكون موليا وقوله بلا مانع حينئذ اي لان الامتناع عن
القربان حاصل بلا مانع واراد بالمانع اليمين والضمير في وبمثله راجع الى الامتناع اي
بمثل هذا الامتناع وهو الامتناع بلا مانع بيمين لا يثبت حكم الطلاق فيه اي في الامتناع ويجوز
ان يقال الضمير في فيه راجع الى الحلف على معنى ان بمثل هذا الامتناع الذي قلنا لا يثبت حكم
الطلاق في الحلف لانه يمكنه القربان في بعض المدة بلا شي يلزمه فلا يتحقق الايلا وقيد لان
اكثر المدة ليس بتقييد بل لازم لان الامتناع عن القربان بلا مانع ربما يكون في اقل المدة بان
حلف ان لا يقربها ثلاثة اشهر مثلا فبعد مضي ثلاثة اشهر بقي شهر اخر الى تمام المدة والامتناع
فيه بلا مانع لا محالة فلو قال صاحب الهداية رحمه الله في بعض المدة بدل قوله في اكثر المدة
لكان اولى لان البعض اعم واشمل فافهم **قوله** ولو قال والله لا اقربك شهرين وشهرين
بعد هذين الشهرين فهو مول وصورة المسئلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
رضي الله عنه في الرجل يقول لامراته والله لا اقربك شهرين وشهرين بعد هذين الشهرين
قال هو مول ولو قال بعد يوم والله لا اقربك شهرين لم يكن موليا وهذه من الخواص اعلم
انه اذا قال والله لا اقربك شهرين وشهرين او قال والله لا اقربك شهرين وشهرين بعد
الشهرين الاولين او قال وشهرين بعد هذين الشهرين يكون موليا لان الجمع بحرف الجمع
وهو الواو كالجمع بلفظ الجمع كانه قال والله لا اقربك اربعة اشهر فيكون يمينا واحدة
لانه لم يعد المدة الثانية بنى على حرمة حتى اذا قربها في المدة يلزمه كفارة واحدة الا ترى
الى مسئلة الجامع الكبير اذا قال والله لا اكلمه يوما ويومين يحنث بالكلام في اليوم الثالث
كانه قال ثلاثة ايام اما اذا سكت يوما فقال والله لا اقربك شهرين او قال والله لا اقربك شهرين
بعد الشهرين الاولين لا يكون موليا فكانت يمينين حتى لو قربها يلزمه كفارتان فاعلم
يثبت الايلا لان كلامه في اليوم الثاني ايجاب يمين اخرى فلم يتم في كل واحدة من اليمين الاولى
والثانية اربعة اشهر فلم يكن موليا لان الايلا لا يصح في اقل من اربعة اشهر وانما قلنا
ذلك لان اليمين الثانية لما كانت غير اليمين الاولى صار اجلين فتداخلا الا اليوم
الاخير الذي هو تمام مدة اليمين الثانية وهو لا يدخل في اجل اليمين الاولى وكذا
اليوم الاول الذي انعقد فيه اليمين الاولى لا يدخل فيه اليمين الثانية لان
ابتدا اليمين الثانية من وقت التكلم وهو اليوم الثاني والحاصل ان الشهرين
المذكورين في اليمين الثانية وان كانا غير الشهرين المذكورين في اليمين الاولى
لكون كل منهما ايجابا على حدة لم يتم اربعة اشهر في الايلا لان الاجلين في اليمينين
تداخلا الا اليوم الاول الذي تعقد فيه اليمين الاولى والا اليوم الاخير الذي
هو تمام مدة اليمين الثانية الا ترى الى مسئلة الجامع الكبير اذا قال والله لا اكلمه يوما
والله لا اكلمه يومين فتداخل الاقل في الاكثر فانتهت اليمين الاولى والثانية
باليومين ولم يحنث بالكلام في اليوم الثالث فصار اليوم الاول تمام مدة اليمين الاولى
ونصف مدة اليمين الثانية ونظير ذلك ما اورده الشيخ ابو المعين النسفي رحمه الله

في شرح

في شرح الجامع الكبير لو قال والله لا اكلم زيدا ولا عمروا فكلم احدهما حنث ولو قال والله لا اكلم
زيدا او عمروا لا يحنث ما لم يكلمهما جميعا فافهم **قوله** ولو قال والله لا اقربك سنة الا يوما
لم يكن موليا وهذه معادة الجامع الصغير وقال زفر يكون موليا وذكر شمس الائمة البيهقي
في كتاب الشامل فيه قياسا واستحسانا وقال يصير موليا قياسا وفي الاستحسان لا يصير
موليا ولم يذكر هما الحاكم في الكافي وشمس الائمة السرخسي في مبسوطه وهو شرح الكافي
وكذا لم يذكرهما في شرح الطحاوي وغير ذلك ثم اعلم ان المراد من قوله لم يكن موليا اي في
الحال لانه يكون موليا اذا قربها يوما ومضى ذلك اليوم بغروب الشمس وبقي بعده
الى تمام السنة اربعة اشهر فصاعدا فان لم يبق اربعة اشهر لا يكون موليا وكذا اذا
قال والله لا اقربك سنة الا مرة لا يكون موليا الا اذا قربها مرة وبقي بعد القربان من
السنة اربعة اشهر فصاعدا او على ذلك نص في المبسوط وشرح الطحاوي وجه قول زفر
رحمه الله ان اليوم يصرف الى اخر السنة كما اذا اجر داره سنة الا يوما ولهذا لو قال
والله لا اقربك سنة الا نقصان يوم يصرف اليوم الى اخر السنة بالاتفاق ويكون
موليا ولنا ان المولي من لا يمكنه قربان امراته الا بحنث يلزمه وهنا يمكنه قربان المراة بلا
شي يلزمه في يوم واحد اي يوم كان من ايام السنة فلا يكون موليا بيانه ان اليوم المستثنى
ذكر منكرا مجهولا شايعا في فصول السنة فلا يتعين بصرفه الى اخر السنة اجرا للكلام على
حقيقته لان اليمين مع الجهالة تصح فلا ضرورة الى ان يراد به اخر السنة بخلاف باب
الاجارة فان ثمه انما صرف اليوم المستثنى الى اخر السنة ضرورة تصحيح العقد لانه لو لم
يصرف اليه بقي اليوم منكرا مجهولا وجهالة المستثنى توجب جهالة المستثنى منه
فلا يصح الاجارة مع الجهالة لعدم حصول المقصود وهو التمكن من استيفاء المنفعة
فافترقا وبخلاف قوله الا نقصان يوم لان ثمه صرف الى اخر السنة بدلالة العرف
لان النقصان من السنة لا يكون الا من اخرها عرفا وهنا مسئلة ذكرها الولوالجي رحمه
الله في فتاواه يناسب ذكرها لكثير المغايرة وهي ان رجلا قال لامراته والله لا اقربك
سنة فمضى الاربعة الاشهر فبانت ثم تزوجها ومضى اربعة اشهر بانت ايضا فان تزوجها
ثالثا لا يقع لانه بقي من السنة بعد التزوج اقل من اربعة اشهر **قوله** ولو قال وهو
بالبصرة والله لا ادخل الكوفة وامراته فيها لم يكن موليا وهذه من خواص الجامع الصغير
وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل بالبصرة وله
امراة بالكوفة قال والله لا ادخل الكوفة قال لا يكون موليا ثم اعلم ان حليلة الرجل
اذا كانت في موضع وحلف الرجل ان لا يدخل ذلك الموضع لا يكون موليا لانه يمكنه
ان يخرجها من ذلك الموضع بوكيله او نائبه قبل مضي اربعة اشهر فيقربها فلا يتحقق
معنى الايلا وقال الحاكم الشهيد في الكافي وان حلف لا يقربها في مكان كذا او في مصر كذا او
في ارض العراق لم يكن موليا لانه يقدر ان يخرجها من ارض العراق قبل مضي اربعة
اشهر فيطاها بغير حنث وقال ابن ابي ليلى هو مول **قوله** قال ولو حلف بحج او بصوم
او بصدقة او عتق او طلاق فهو مول وهذه مسئلة مختصر القدوري رحمه الله وصورتها
ان يقول ان قربتك فعلي حج البيت او العمرة او المشي الى بيت الله او على الصوم او على
صوم يوم او على صوم سنة او صدقة او اطعام مسكين او قال ان قربتك فعلي عتق

رقبة او قال عبدي هذا حر او قال ان قربتك فانت طالق او قال ان قربتك فضرتك طالق ففي كل من هذه الصور يكون موليا على ظاهر الرواية من اصحابنا لانه لا يمكنه القربان في المدة الا بحنث يلزمه بحكم اليمين كما يلزمه الكفارة في اليمين بالله تعالى وفي رواية عن ابي يوسف اذا حلف بعتق عبده لا يكون موليا ذكر تلك الرواية شمس الايمة السرخسي في مبسوطه لانه يمكنه قربانها بلا شي يلزمه بان يبيع العبد ثم يطاها ووجه الظاهر ان القربان لا يمكنه الا بعتق يلزمه وتمكنه من البيع لان البيع لا يعتبر لان البيع لا يتم به وحده مالم يوجد المشتري فان باع العبد سقط الايلا لانه صار بحال يمكنه القربان بلا شي يلزمه فان اشتراه لزم الايلا من وقت الشرا لان المدة الاولى قد بطلت فتستانف المدة ولو كان جامعها بعد ما باعه ثم اشتراه لم يعد الايلا لسقوط اليمين بالحنث وفي الحلف بالطلاق ذكر خلاف ابي يوسف رحمه الله في شرح الطحاوي والمختلف فقال لا يكون موليا ثم اعلم انه اذا قال ان قربتك فعلي صوم هذا الشهر لا يكون موليا كذا ذكره الحاكم الشهيد وغيره لانه اذا مضى الشهر يمكنه قربانها بلا شي يلزمه بخلاف قوله صوم يوم ينكر ثم اعلم انه اذا حلف بالصلاة وقال ان قربتك فعلي ان اصلي ركعتين او قال فعلي صلاة ففيه اختلاف بين ابي يوسف ومحمد ذكره الحاكم الشهيد ولم يذكر قول ابي حنيفة رضي الله عنه فقال في قول ابي يوسف الاخر لا يكون موليا وفي قول ابي يوسف الاول يكون موليا وهو قول محمد وذكر شمس الايمة السرخسي رحمه الله قول ابي حنيفة رضي الله عنه في شرح الكافي وقال في قول ابي يوسف الاخر وهو قول ابي حنيفة لا يكون موليا واورد صاحب التحفة قول زفر كقول محمد وجه قول محمد انه علق بالقربان ما هو قربة فيصير موليا كما في الصوم والحج ووجه قول ابي يوسف اخرا انه لا يلزم من التزام ركعتين مشقة مانعة من اتيان الشرط فلا يصير موليا كما اذا حلف بسجدة او صلاة الجنازة او بسجدة التلاوة **قوله** ليتحقق المنع باليمين وهو ذكر الشرط والجزا اعلم ان تعليق الطلاق والعتاق على وقوع امر يسمى يمينا عند الفقها ولا يعرفه اهل اللغة والصحيح ما قاله الفقها لان الله تعالى سماه ايلا والايلا هو اليمين قال تعالى للذين يؤلون من نسائهم ثم كما يثبت حكم الايلا اذا قال والله لا اقربك يثبت ايضا اذا قال ان قربتك فضرتك طالق او قال ان قربتك فعبدي هذا حر **قوله** وهذه الاجزية مانعة اي مانعة من مباشرة الشرط يعني ان الجزا الذي في وقوعه مشقة على الحالف مانع من مباشرة الشرط لانه اذا باشر الشرط يقع الجزا لا محالة فيحصل المشقة فيكون الجزا اما نعا والاجزية المذكورة وهي الحج والصوم والصدقة والعتق والطلاق مانعة للمشقة في وقوعها فيلزم منع حقها المستحق عليه وهو الوطي فيتحقق معنى الايلا **قوله** فلا يمنع المانعية فيه اي لا يمنع البيع الموهوم المانعية الثابتة في الجزا وهو عتق العبد على تقدير القربان **قوله** وكل ذلك مانع اي كل الاجزية المذكورة مانع **قوله** وان الى من المطلقة الرجعية كان موليا وان الى من البائنة لم يكن موليا وهذا لفظ القدوري في مختصره وانما لم يكن موليا من البائنة المعتدة لان الايلا طلاق باين معلق وبعد الابانة لا يملك الطلاق البائن لا تعليقا وتنجيزا لان البائن لا يلحق البائن لانتفا الزوجية لكنه اذا وطيها يلزمه الكفارة لانه ليس بمعول في حق الطلاق دون الكفارة

ولان الايلا انما جعل طلاقا بائنا عند انقضا المدة لوجود منع الحق المستحق على الزوج وهو الوطي ولم يوجد منع الحق في البائنة فلم يصح ايلاوها بخلاف المعتدة الرجعية حيث يصح ايلاوها لقيام الزوجية لان وطيها مباح عندنا الا اذا انقضت عدتها قبل مدة الايلا فحينيذ يسقط الايلا لان محل الايلا فات وقال الحاكم الشهيد رحمه الله في الكافي ولو الى من امته او ام ولده لم يكن موليا وان قربها كفر وكذلك لو الى من اجنبية وجه ذلك لان الله تعالى قال للذين يؤلون من نسائهم والامة وام الولد ليست من نسا المولي وكذلك الاجنبية ولان الايلا طلاق موجل وليست هولا بمحل الطلاق ولان حكم الايلا باعتبار منع الحق المستحق على الزوج وهو الوطي والامة لا تستحق الوطي على مولاها وكذلك الاجنبية بخلاف ما لو قال ان تزوجتك فوالله لا اقربك فاذا تزوجها كان موليا لان المعلق بالشرط كالمنجز عند وجوده **قوله** وان قال لاجنبية والله لا اقربك او انت علي كظهر امي ثم تزوجها لم يكن موليا ولا مظاهرا وصورتها في الجامع الصغير محمد عن ابي يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه فيمن قال لامراة لا يملكها والله لا اقربك او انت علي كظهر امي ثم تزوجها قال لا يكون موليا ولا مظاهرا فان قربها كفر في التي حلف لا يقربها ومسيلة الظهار من خواص الجامع الصغير وهذا لان الله تعالى قال للذين يؤلون من نسائهم وقال تعالى والذين يظاهرون من نسائهم والاجنبية ليست من نسائه فلا يصح الايلا والظهار منها لان كلامه وقع باطلا في الاصل لعدم محل الايلا والظهار ولان الظهار تشبيه المحللة بالمحرمة وهذا تشبيه المحرمة بالمحرمة فلا يتحقق معنى الظهار الا انه اذا قربها في الصورة الاولى يلزمه الكفارة لان انعقاد اليمين يعتمد على تصور البر حسا لا ملكا شرعيا ولهذا تنعقد اليمين على ما هو حرام محض فلما انعقدت اليمين لزمته الكفارة بالحنث بخلاف الايلا فانه تعليق الطلاق بشرط عدم القربان اربعة اشهر والحلف بالطلاق في غير الملك وغير مضاف الى سبب الملك باطل **قوله** بعد ذلك اي بعد وقوع الكلام باطلا **قوله** وان قربها كفر يعني في قوله لاجنبية والله لا اقربك لا في قوله انت علي كظهر امي لان الاول يمين دون الثانية وقد وجد الحنث فيلزمه الكفارة **قوله** ومدة ايلا الامة شهران وهذه من مسايل القدوري وعنى بالامة المنكوحة لان الايلا من امته لا يصح وقد مر بيانه وهذا مذهبنا وعند مالك والشافعي مدة ايلايها مثل مدة ايلا الحرة بنا على ان الايلا طلاق موجل ان طلقها بعد المدة وفي الطلاق يعتبر حال الرجل دون حال المراة عندهما فكذا في الايلا والامر على العكس عندنا لنا ان هذه مدة منصوص عليها بلفظ التربص كمدة العدة قال تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص اربعة اشهر وقال تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء ثم مدة العدة اثر فيها الرق فتتنصف بالاجماع بالحديث لقوله عليه السلام طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان فينبغي ان يوثر الرق في مدة الايلا ايضا قياسا صحيحا لان كل واحدة من المدتين مدة التربص او نقول هذه مدة شرعت اجلا للبينونة كمدة العدة فتتنصف بالرق كهي وهذا التعليل وقع وفاقا على ما قال صاحب الهداية ولي فيه نظر لان لقايل ان يقول لا نسلم ان مدة الايلا شرعت اجلا للبينونة لان عند مالك والشافعي يكون الزوج مخيرا بعد انقضا المدة بين ان يفي اليها او يطلق فاذا طلقها يكون له عليها الرجعة ما دامت في العدة فلا يكون حينيذ مدة الايلا اجلا للبينونة فلا يصح

قياسها على مدة العدة لعدم الجامع بين المقيس والمقيس عليه وهو كون المدة اجلا
للبينونة فافهم **قوله** وان كان المولي مريضا لا يقدر على الجماع او كانت مريضة
او رتقا او صغيرة لا تجامع او كانت بينهما مسافة لا يقدر ان يصل اليها في مدة الايلا ففيه
ان يقول بلسانه فئت اليها فان قال ذلك سقط الايلا وهذه من مسائل القدوري وهي
معادة الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في
المريض الذي لا يقدر على ان يجامع امراته او تكون رتقا او صغيرة لا يقدر على جماعها او
يكون بينه وبينها مسيرة اربعة اشهر لا يقدر على جماعها فيها قال فيئه اليها ان يقول
فئت اليها فان كان على تلك الحالة حتى يمضي اربعة اشهر فالفيء ماضي وسقط الايلا وان قربها
كفر وان قدر في الاربعة الاشهر على الجماع بطل الفيء الذي كان منه ولم يكن فيئه الا الجماع
والرتقا المراة التي لا يستطاع جماعها اعلم ان القادر على الجماع لا يكون فيئه الا بالجماع وهذا
بالاجماع اما العاجز عن الجماع ففيئه باللسان عندنا بان يقول فئت اليك او راجعتك او ابطلت
الايلا او رجعت عما قلت لكن يشترط دوام العجز الى تمام المدة لان القدرة على الاصل قبل حصول
المقصود بالخلف يبطل حكم الخلف كالمتيمم اذا قدر على الما في خلال الصلاة وكان الصغيرة
المعتدة بالاشهر اذا حاضت في العدة وعند الشافعي لا اعتبار للفيء بالقول والفيء هو الجماع لكنه
بعد انقضاء المدة عنده وقول ابي جعفر الطحاوي من مشايخنا كذلك على ما نقل فخر الاسلام عنه
في شرح الجامع الصغير يعني ان الفيء هو الجماع عنده وفيه نظر لان الطحاوي جعل فيء المولي
باللسان اذا كان بينه وبين امراته مسيرة اربعة اشهر واكثر منها او الى وهو مريض او هي
مريضة لا يصل معه الى قربها في مختصره وقد صرح بان اشتراط الفيء في المدة من قبل فلا
نعيده اما الكلام هنا فللشافعي ان المتعلق بالفيء حكمان وجوب الكفارة وامتناع وقوع الفرقة
ثم الفيء باللسان لا يعتبر في احد الحكمين بالاجماع وهو وجوب الكفارة فكذا في حكم الاخر
وهو امتناع وقوع الفرقة ولنا ما روى اصحابنا في المبسوط وشرح الجامع الكبير وغيرهما
عن عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم انهم قالوا في المريض باللسان ولان اليمين في هذا
الباب جعل تعليقا للطلاق بالبر في المدة عقوبة وجزاء على المولي لكونه ظالما ومسيا
بمنع حقها فاذا كان المولي قادرا على الجماع كان مانعا باليمين حقها في الجماع فكان فيئه بالجماع
واذا كان عاجزا عن الجماع لم يكن مانعا حقها في الجماع لانه لا حق لها في الجماع حينئذ بل قصد
ايحاشها باللسان فكان فيئه باللسان ايضا بارضائها وتطييب قلبها لان التوبة على مقدار الظلم
يؤيده ان الفيء في اللغة هو الرجوع وقد حصل الرجوع عن الايذا والظلم بقدر وقوع
الظلم ولا يشترط امرا اخر فوق ذلك لانه لا تكليف بدون الوسع ثم لما صح الفيء باللسان في
المدة سقط الايلا وبقيت اليمين بلا ظلم كما في ايلا الاجنبية حتى اذا قربها كفر لوجود
الحنث وانما لم يجب الكفارة بالفيء باللسان لان وجوبها بالحنث بالجماع ولم يوجد الجماع فلم يوجد
الحنث فلم يجب الكفارة ثم العجز نوعان حسي وحكمي فالحسي كالمرض والصغر والرتق وبعد
المسافة وكون المراة ناشزة محتجبة في مكان لا يعرف ويعتبر ذلك باتفاق اصحابنا رحمهم
الله اما الحكمي فكالاحرام والى وقت الحج اربعة اشهر فصاعدا ويعتبر ذلك عند زفر رحمه
الله ويروى ذلك عن ابي يوسف رحمه الله لزفر رحمه الله ان الاحرام يثبت به العجز لان جماع
المحرم حرام شرعا ولهذا اذا خلا بامراته واحدهما محرم لا يصح الخلوة فلما ثبت العجز كان

فيه

فيه باللسان ولنا انه قادر حقيقة على الوطي وان كان حراما فلا يثبت العجز مع
القدرة على الاصل وقال الحاكم الشهيد رحمه الله في الكافي وان الى من امراته وهو في
سجن او حبس لم يكن فيئه الا الجماع هذا هو ظاهر الرواية عن اصحابنا رحمهم الله وكذلك
ذكر الامام الاسبيجابي رحمه الله في شرح الطحاوي فقال ولو الى من امراته وهو محبوس
او هي محبوسة او كان بينه وبينها اقل من اربعة اشهر الا ان العدو والسلطان يمنعه
فان فيئه لا يصح الا بالفعل وعلل شمس الائمة السرخسي رحمه الله في شرح الكافي وهو
الذي يعني المبسوط مبسوط شمس الائمة فقال لانه ان كان لا يقدر على ان يخرج اليها فهي تقدر
على ان تدخل عليه فيجامعها والسجن موضع للمجامعة واخر القدرة على الاصل لا عبرة
للبدل وعلى اشارة هذا ينبغي ان يكون فيه باللسان معتبرا اذا كان لا يمكنها ان تدخل
عليه ولهذا قال في تحفة الفقهاء والفتاوي الولوالجي اذا كان محبوسا لا يقدر ان يدخلها
عليه فالفيء بالقول ثم اعلم ان القادر على الوطي اذا لم يطاها بالجماع في الفرج بل قبلها بشهوة
او لمسها بشهوة او نظر الى فرجها بشهوة او جامع فيما دون الفرج لا يكون فيئا بخلاف الرجعة
حيث يثبت بهذه الاشيا وبه صرح في شرح الطحاوي وذلك لان حقها في الجماع فلا يتادى
بما دونه **قوله** واذا قال لامراته انت علي حرام سئل عن نيته فان قال اردت الكذب
فهو كما قال وهذه من مسائل القدوري اعلم ان قوله لها انت علي حرام كلام مبهم محتمل
لوجوه ولا يتعين البعض من البعض الا بالارادة فان اراد الكذب كان كما قال لا يقع به طلاق
ولا ايلا عند ذلك وهذا هو الرواية لانه نوى حقيقة كلامه لان المراة كانت حلالا
له وقوله انت حرام كذب ظاهرا فيصدق فيه وذكر الطحاوي والكرخي رحمهما الله في مختصريهما
انه لا يصدق في ابطال الايلا في القضا وانما فيما بينه وبين الله تعالى يصدق وذلك لانه
يمين ظاهرا لانه تحريم الحلال وان اراد الطلاق فان لم ينو عددا كانت واحدة بائنة
وان نوى واحدة او ثلاثا كما نوى لانه من الفاظ الكنايات يقع على الادنى مع احتمال الكل
واذا نوى ثنتين كانت واحدة بائنة عندنا لان اللفظ لا يحتمل العدد خلافا لزفر رحمه الله
الا اذا كانت المراة امة فحينئذ يقع الثنتان لان ذلك جنس طلاقها واما ان اراد الظهار
فهو ظهار وهكذا ذكر القدوري رحمه الله ولكنه ليس بظاهر الرواية عن اصحابنا رضي
الله عنهم ولهذا لم يذكر الطحاوي والحاكم الشهيد في مختصريهما حكم ما اذا نوى الظهار
ونقل شمس الائمة السرخسي رحمه الله عن النوادر انه يكون ظهارا في قول ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله لانه نوى ما يحتمله لفظه لان المراة تارة تكون محرمة بالطلاق
وتارة بالظهار ومطلق الحرمة يحتمل المعنيين فصحت نيته وعند محمد لا يكون ظهارا لان
الظهار تشبيه المحللة بالمحرمة ولم يوجد التشبيه لعدم حرف التشبيه وهو الكاف فلا
يصح نيته واذا اراد التحريم او لم يرد شيا يكون يمينا حتى اذا قربها كفر وان لم يقربها حتى
مضت اربعة اشهر بانت بالايلا اما اذا اراد التحريم فانما يكون يمينا لان تحريم المباح يمين
لقوله تعالى يا ايها النبي لم تحرم ما احل الله لك الى قوله قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم واما
اذا لم يرد شيا فانما يكون يمينا لان الحرمة الثابتة باليمين ادنى الحرمتين لان في الايلا يحل الوطي
قبل الكفارة وفي الظهار لا يحل قبل الكفارة ولان الحرمة في الايلا لا تثبت في الحال وفي
الظهار تثبت في الحال وادنى من حرمة الطلاق ايضا لانه اذا اراد به الطلاق يقع بائنا.

تو بلا تحلل ولغى كذلك الايلاء فانه ليس بمؤبد بل لحل الوطء فلما كانت حرمة اليمين هي الادنى تعينت لان الادنى متيقن وباقي التفريع سنبينه في باب الظهار ان شاء الله تعالى واذا قال لامرأته قد حرمتك علي او قد حرمتك او انت علي حرام او انت حرام او انا عليك حرام او قد حرمت نفسي عليك او انا عليك محرم او انت محرمة علي فالقول في جميع ذلك كالقول في الحرام كذا ذكر الحاكم الشهيد وشمس الائمة السرخسي وقال الحاكم ايضا قال ابن ابي ليلى في هذه ونظائرها من الكنايات هي ثلاث ولا يدين في شيء وقال شمس الائمة البيهقي في كتاب الشامل اختلف السلف في قوله انت علي حرام علي اقاويل فعن علي رضي الله عنه انه ثلاثة وعن عمر انه واحدة رجعية وعن عثمان ظهار واحدة بائنة وعن ابن عباس يمين وعن مسروق وجوده وعدمه بمنزلة

قوله وهذا ادنى منه اي التشبيه بالحرمة هو الركن في الظهار **قوله** ومن المشايخ من يصرف لفظة التحريم الى الطلاق من غير نية بحكم العرف يعني اذا قال انت علي حرام او كل حل علي حرام او حلال الله علي حرام او قال حلال المسلمين علي حرام لا يقع الطلاق عليها ما لم ينو الطلاق وعند ابي بكر الاسكاف وابي بكر بن ابي سعيد والفقيه ابي جعفر الهندواني وغيرهم من كبار علمائنا المتأخرين يقع الطلاق بدون النية قال الفقيه ابو الليث وبه نأخذ لان العادة جرت فيما بين الناس في زماننا هذا انهم يريدون بهذا اللفظ الطلاق قال الامام الاسبيجابي رحمه الله في شرح الطحاوي واهل الذمة في الايلاء من نسائهم كاهل الاسلام عند ابي حنيفة رضي الله عنه والاصل ان كل من صح طلاقه صح ايلاؤه ومن لا يصح طلاقه لا يصح ايلاؤه والصبي او المجنون او المعتوه او النائم اذا آلى من امرأته فانه لا يصح ايلاؤه لانه لا يصح طلاقه ثم طلاق الذمي جائز بالاتفاق لكن في ايلائه من ثلاثة اوجه في وجه يصير موليا بالاتفاق وفي وجه لا يصير موليا بالاتفاق وفي وجه اختلفوا فيه اما الوجه الذي يصير موليا فهو اذا قال لامرأته ان قربتك فعبدي حر او قال فامرأتي الاخرى كذا او هذه طالق فانه يصير موليا بالاتفاق واما الوجه الذي لا يكون موليا بالاتفاق فهو اذا قال لامرأته ان قربتك فعلي الصوم او الصلاة او الحج فانه لا يصير موليا لانه ليس من اهل ذلك واما الوجه الذي اختلفوا فيه فهو اذا قال لامرأته والله لا اقربك فانه يصير موليا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا لا يصير موليا وبالقربان لا يلزمه الكفارة بالاجماع وانما بينا حكم ايلاء اهل الذمة وان لم يذكره صاحب الهداية تكثيرا للفوائد كما هو دابه والله اعلم

باب الخلع

مناسبة الباب ذكرت عند ذكر باب الايلاء والخلع اسم من الاختلاع مأخوذ من قولهم خلعت ثوبي ونعلي وهو من باب التوشيح الاستعارة وهو ان ينظر الى جانب المستعار منه كقولك رأيت بحرا زاخرا والتجريد ان ينظر الى جانب المستعار له كقولك رأيت بحرا ما احسن بيانه وذلك لان الله تعالى قال هن لباس لكم وانتم لباس لهن فيكون الخلع من باب التوشيح لا محالة **قوله** واذا تشاق الزوجان وخافا ان لا يقيما حدود الله فلا بأس بان تفتدي نفسها منه بمال يخلعها به وهذه من مسائل القدوري يعني تشاق القوم اي تحاربوا واختلفوا يعني اذا اختلف الزوجان والضمير في منه راجع الى الزوج المشتمل عليه لفظ الزوجين وكذا الضمير المستتر في يخلعها والبارز فيه راجع الى نفسها وفي به راجع الى المال والاصل هنا قوله تعالى فان خفتم

ان لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به اي ان خفتم ترك اقامة الزوجين ما يلزمهما من مواجب الزوجية فلا اثم عليهما لا على الرجل فيما اخذ ولا على المرأة فيما اعطت فيما افتدت به المرأة واختلعت به من بذل المهر يقال فدى الاسير بمال اي استنقذه به وفيه توشيح ايضا لان النبي صلى الله عليه وسلم سمى النساء اسارى في قوله اتقوا الله في النساء فانهن عندكم عوان والعاني الاسير وذكر الفداء صفة مناسبة للاسير فافهم وروى البخاري باسناده الى عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما ان امرأة ثابت بن قيس اتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ثابت بن قيس ما اعتب عليه في خلق ولا دين ولكني اكره الكفر في الاسلام فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اتردين عليه حديقته قالت نعم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اقبل الحديقة وطلقها والاية نزلت في ثابت وامرأته وهو اول خلع في الاسلام كذا قال صاحب الكشاف وانما قال لا بأس بان تفتدي نفسها منه بمال لان ترك الخلع اولى لان الطلاق ابغض المباحات عند الله تعالى وروى الترمذي رحمه الله في جامعه باسناده الى ثوبان رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال المختلعات هن المنافقات وروى صاحب السنن والترمذي في مسنده الى ثوبان ايضا قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ايما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير بأس فحرام عليها رائحة الجنة **قوله** فاذا فعل ذلك وقع بالخلع تطليقة بائنة ولزمها المال وهذا لفظ القدوري في مختصره وفي بعض النسخ فاذا فعلا بفعل الاثنين فالاول على ارادة الزوج والثاني على ارادة الزوجين قال الحاكم الشهيد في مختصر الكافي واذا اختلعت المرأة من زوجها فالخلع تطليقة بائنة الا ان ينوي الزوج ثلاثا فيكون ثلاثا وان نوى اثنتين كانت واحدة بائنة وكذلك كل طلاق بجعل فهو بائن اعلم ان الخلع طلاق عندنا حتى تنتقص به عدد الطلاق وتثبت به الحرمة الغليظة اذا عني به الثلاث او خالعها بعد التطليقتين وفسخ في احد قولي الشافعي حتى لا تنتقص به من عدد الطلاق شيء ولا تثبت به الحرمة الغليظة اذا عني الثلاث حتى تحل للزوج الاول تزوجها من غير محلل وجه قول الشافعي رحمه الله قوله تعالى الطلاق مرتان فامساك بمعروف او تسريح باحسان ثم قال بعد ذلك فلا جناح عليهما فيما افتدت به بيانه ان الطلاق محصور بالثلاث بالاجماع فلو كان الخلع طلاقا لكانت الطلقات اربعا واللازم منتف فينتفي الملزوم ولان النكاح عقد يحتمل الفسخ بخيار عدم الكفاءة وخيار العتق وخيار البلوغ فيجوز فسخه ايضا بالتراضي بالخلع كالبيع ولنا ما روى البخاري انفا في حديث ثابت بن قيس حيث قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم اقبل الحديقة وطلقها فقد جعل الخلع طلاقا كما ترى وروى مالك في الموطا باسناده الى ام بكر الاسلمية انها اختلعت من زوجها عبد الله بن اسيد ثم اتيا عثمان بن عفان رضي الله عنه في ذلك فقال هي تطليقة الا ان تكون سميت شيئا فهو على ما سميت قال محمد بن الحسن في موطاه بهذا نأخذ الخلع تطليقة بائنة الا ان يكون سمى ثلاثا او نواها فيكون ثلاثا وروى اصحابنا رضي الله عنهم في المبسوط عن عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم موقوفا عليهم ومرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم الخلع تطليقة ولان النكاح لا يحتمل الفسخ بعد تمامه فلا يكون الخلع فسخا فلو كان النكاح يحتمل الفسخ لانفسخ بالهلاك قبل التسليم كالبيع واللازم منتف فينتفي الملزوم والفسخ بالخيارات المذكورة لا يرد علينا لان ذلك فسخ قبل التمام فكان في معنى الامتناع من اتمامه

العقد والجواب عن الاية التي تمسك بها الشافعي رحمه الله فنقول ان الله تعالى ذكر الطلقة
الثانية بعوض وغير عوض فلا يكون الطلاق اربعا بيانه ان قوله تعالى او تسريح باحسان
طلاق بغير عوض وقوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به طلاق بعوض او نقول
قال ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي قوله تعالى الطلاق مرتان يبين به حكم
التطليقتين على غير وجه الخلع ثم قال ولا جناح عليهما فيما افتدت به على التطليقتين يجيء على
وجه الخلع ثم قال فان طلقها اي الثالثة فلم يلزم من جعل الخلع طلاقا كون الطلاق اربعا
فافهم واما كون الخلع بائنا فلما روى القتبي في كتاب غريب الحديث الذي صنفه عبد الرزاق
عن معمر عن مغيرة عن ابراهيم النخعي رضي الله عنه انه قال الخلع تطليقة بائنة وابراهيم
قد ادرك عصر الصحابة وزاحمهم في الفتوى فيجوز تقليده او يحمل على انه شيء رواه عن
رسول الله صلى الله عليه وسلم لانه من قرن العدول فيحمل امره على الصلاح صيانة عن
الجزاف والكذب ولان الخلع من الفاظ الكناية ولهذا لو قال خالعتك من غير ذكر
العوض ونوى به الطلاق يقع ثم الواقع بالكنايات سوى قوله انت واحدة واعتدي
واستبرئي بائن فيكون الواقع بالخلع بائنا الا ان الخلع عبارة عن العقد على الطلاق
بعوض ولهذا لو قال لرجل اخلع امراتي فخلعها الرجل على غير عوض لم يصح فلما كان
كذلك لم يحتج في الخلع الى النية كما احتيج اليها في سائر الكنايات لان النية لتعيين بعض محتملات
اللفظ فاذا لم يذكر العوض في الخلع احتيج الى النية لامتياز بعض المحتملات عن البعض فجعل
من كنايات الطلاق حتى اذا نوى الثلاث صح وفي نية الثنتين خلاف زفر رحمه الله
فعنده يصح ايضا وانما لم يحتج الى النية اذا ذكر العوض لان ذكره اغنى عن النية لان
المراة انما تفدي نفسها بالمال لتسلم لها نفسها بيانه ان الخلع يحتمل الانخلاع عن اللباس
او عن الخيرات او عن النكاح فلما ذكر العوض كان المراد الانخلاع عن النكاح لما قلنا
وذلك بالطلاق فلا حاجة الى النية ثم سلامة نفسها لها لا تحصل الا بالبائن فقلنا
يكون الخلع بائنا فافهم **قوله** الا ان ذكر المال اغنى عن النية هنا اي في الخلع وهو
استثناء من قوله صار من الكنايات وهو جواب سؤال مقدر بان يقال اذا صار الخلع
من الكنايات كان ينبغي ان يشترط فيه النية فقال لكن ذكر المال في الخلع اغنى عن
النية وقد مر تقرير ذلك انفا **قوله** وذلك بالبينونة اي سلامة النفس بالبينونة
قوله وان كان النشوز من قبله يكره له ان ياخذ منها عوضا وهذه من مسائل القدوري
ذالنشوز كراهة كل واحد من الزوجين صاحبه وكذا النشوص يقال نشزت المراة
عن زوجها ونشصت اعلم ان النشوز لا يخلو من احد الامرين اما ان كان من قبل الرجل او
من قبل المراة فان كان من قبل الرجل يكره له اخذ العوض قليلا كان او كثيرا لقوله تعالى
وان اردتم استبدال زوج مكان زوج واتيتم احداهن قنطارا فلا تاخذوا منه شيئا
اتاخذونه بهتانا واثما مبينا والزوج يتناول فيه الذكر والانثى كما في قوله تعالى اسكن انت
وزوجك الجنة والقنطار ربي مسك ذهبا او فضة ويقال هو سبعون الف دينار
ويقال الف ومائتا اوقية كذا قال صاحب ديوان الادب والاوقية اربعون درهما
وقال صاحب الكشاف القنطار المال العظيم والبهتان ان تستقبل الرجل بامر قبيح
تقذفه به وهو بريء منه والاية نص واضح على كراهة اخذ العوض ومع هذا لو اخذ

العوض جاز لان النهي لمعنى في غيره وهو زيادة الايحاش فلا يعدم المشروعية كالبيع وقت
النداء يوم الجمعة يجوز ويكره وان كان النشوز من قبلها كره له ان ياخذ اكثر مما اعطاها
اعني انه يكره اخذ الفضل على ما ساق اليها من المهر ولكن مع هذا يجوز اخذ الزيادة في
القضاء اما مقدار المهر فلا يكره اخذه وهذه رواية كتاب طلاق الاصل وعلى رواية الجامع
الصغير لا كراهة في اخذ الفضل ايضا اذا كان النشوز منها وجه ما روي في الاصل ما
روي اصحابنا رضي الله عنهم ان امراة ثابت بن قيس بن شماس اتت رسول الله صلى الله
فقالت يا رسول الله لا انا ولا ثابت فقال عليه السلام اتردين حديقته فقالت نعم وزيادة
فقال اما الزيادة فلا فدل الحديث على الكراهة في اخذ الفضل وقد كان النشوز منها كما
نرى ووجه رواية الجامع الصغير اطلاق قوله تعالى فان خفتم الا يقيما حدود الله فلا
جناح عليهما فيما افتدت به وقوله فيما افتدت باطلاقه وعمومه يشمل القليل والكثير
والمهر وغيره وهذه المسئلة مختلفة بين الصحابة والتابعين فان المختلعة اذا افتدت
نفسها من زوجها بجميع ما تملك كان له ان ياخذ ما دون شعرها في جميع ملكها وهو الماثور
عن عمر وعثمان وابراهيم النخعي رضي الله عنهم وقال علي والحسن وطاوس والزهري
ليس للزوج ان ياخذ منها اكثر مما اعطاها كذا ذكر القتبي في غريب الحديث عند ذكره
ابراهيم النخعي رضي الله عنه وقال محمد بن الحسن في الاصل بلغنا عن ابن عمر ان مولاة
له اختلعت بكل شيء لها فلم يعب ذلك عليها وقال بلغنا عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال
لو [illegible] اختلعت بكل شيء لها لاجزته واستدل به على جواز الزيادة في القضاء اعلم ان
الزيادة المذكورة في حديث ثابت بن قيس ليست بثابتة في كتب الحديث كالصحيح البخاري
وغيره ولكن اصحابنا اثبتوها في روايتهم في كتب الفقه ثم اختلفت الرواية في اسم امراة
ثابت بن قيس قال في الكشاف هي جميلة بنت عبد الله ابن ابي وقيل انها حبيبة بنت سهل
الانصاري لان الرواية صحت مسندة في الموطا والسنن هكذا والبخاري لم يتعرض لاسم
ابيها في الصحيح بل سماها جميلة ولم يزد على ذلك وذكر الكرخي في مختصره مسندا الى ابن جريج
انها حبيبة بنت عبد الله بن ابي بن سلول ثم ذكر الكرخي في مختصره باسناده الى ابن
عباس رضي الله عنه انها جميلة بنت سلول وذكر ابو بكر الرازي رحمه الله في شرحه
لمختصر الطحاوي انها جميلة بنت سلول **قوله** لا طلاق ما تلونا اراد به قوله
تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به **قوله** ووجه الاخرى اي وجه الرواية
الاخرى اراد بها رواية القدوري وهو قوله كره هنا له ان ياخذ اكثر مما اعطاها وهي
رواية الاصل **قوله** وقد كان النشوز منها اي من امراة ثابت بن قيس بدليل
قولها لا انا ولا ثابت اي لا اسكن معه **قوله** وكذلك اذا اخذ والنشوز منه
عطف على قوله ولو اخذ الزيادة جاز في القضاء يعني فيما اذا كان النشوز من قبلها
لو اخذ الزيادة على المهر جاز في القضاء وان كان مكروها على رواية الاصل فكذا
اذا اخذ الزيادة جاز في القضاء اذا كان النشوز منه وان كره ذلك وبه صرح الصدر
الشهيد رحمه الله في شرح الجامع الصغير فقال وان كان النشوز منه كره الفضل
وجاز في القضاء بالاجماع فعلم بهذا ان ما قال بعضهم في شرحه ان الاجماع منعقد على
انه لا يجوز اخذ الفضل اذا كان النشوز من قبله ليس بشيء **قوله** لان مقتضى

مالكونا شيان دليل لجواز اخذ الزيادة وان كان مكروها بيانه ان مقتضى قوله تعالى فلا جناح عليهما
فيما افتدت به شيان احدهما الجواز حكما اي شرعا والاخر الاباحة وهي الحل لكن الاباحة انتفت
بمعارض وهو قوله عليه السلام اما الزيادة فلا فبقي النص معمولا في الباقي وهو الجواز لانه لا
يلزم من نفي الاباحة نفي الجواز كما في البيع وقت النداء فان قيل
كيف يصلح ان يكون خبر الواحد معارضا للكتاب وشرط المعارضة المساواة وهي مفقودة
قلنا اذا خص من الكتاب البعض يصلح ان يكون خبر الواحد معارضا
للكتاب وشرط المعارضة المساواة وهي او القياس معارضا له وقد خص ولهذا لا يحل له اخذ
الزيادة اجماعا اذا كان النشوز من قبله وان كان قوله فيما افتدت به عاما فصلح خبر الواحد
معارضا وكذا القياس لانه انما كره له اخذ الزيادة فيما اذا كان النشوز من قبلها لزيادة
الايحاش وهذا المعنى موجود فيما اذا كان النشوز من قبلها ايضا فيكره الزيادة على المهر فصلح
القياس معارضا لعموم قوله تعالى فيما افتدت به لانه مخصوص وثبت الكراهة عملا بالقياس
وبقي الجواز لانه سالم عن المعارض فافهم **قوله** لمعارض اراد به قوله عليه السلام اما
الزيادة فلا **قوله** فبقي معمولا في الباقي اي بقي ما تلونا معمولا في حق الجواز **قوله** وان
طلقها على مال فقبلت وقع الطلاق ولزمها المال وهذه من مسايل القدوري رحمه الله قال الحاكم
الشهيد رحمه الله اذا قال الرجل لامراته قد خلعتك على الف درهم او بارأتك او طلقتك بالف
درهم فالقبول اليها في المجلس فان قامت قبل ان تقول شيا بطل ذلك وكذلك ان بدأت هي فقالت
اخلعني على الف درهم او بارئني او طلقني بالف درهم فان قبل في ذلك المجلس وطلقها كما اشترطت
عليه فالمال لها لازم وان قام من مجلسه قبل ان يقول شيا فهي امراته اعلم ان الخلع وهو الطلاق
بعوض من جانب الزوج يمين ومن جانب المراة مبادلة ومعاوضة لانه في المعنى تعليق الطلاق
بشرط قبولها المال وتعليق الطلاق يمين عند الفقها فيكون الخلع يمينا وهذا لان العوض
الذي من جانب الزوج طلاق وهو محتمل للتعليق ولهذا لم يبطل بقيامه عن المجلس حتى اذا قام
وذهب ثم قبلت المراة في ذلك المجلس صح ووقع الطلاق وتوقف على ما ورا المجلس حتى اذا كانت
المراة غايبة فقبلت في مجلس علمها صح وان قامت من مجلسها قبل القبول بطل بمنزلة تعليق الطلاق
بمشيتها وتمليك الامر منها يويد كونه يمينا صحة تعليقه بالخطر بان قال اذا جاء غد فقد خالعتك على
الف درهم او طلقتك على الف درهم فانه يصح وانما قلنا انه من جانبها مبادلة لان العوض الذي
من جانبها التزام المال فصار كالبيع والشرا فلم يحتمل التعليق لان التمليكات لا تحتمل ذلك لادايه
الى معنى القمار وبطل بقيامها عن المجلس قبل القبول ولم يتوقف على ما ورا المجلس اذا
كان الزوج غايبا حين قالت هذه المقالة كالبيع لا يتوقف على قبول المشتري اذا كان غايبا ثم
لما كان الخلع تعليقا يقع الطلاق اذا وجد القبول لوجود الشرط لكنه باين لانه من الفاظ
الكنايات اولانه لا تسلم نفسها لها الا بالباين لان حق الزوج في الرجعي ليس بمنقطع فلو جعل
الخلع رجعيا لذهب مالها بلا عوض ولم تحصل غرضها وذلك لا يجوز وانما لزم المال لان المراة
من اهل الالتزام وقد تصرفت في خالص حقها فلزمها المال فلو لم يلزمها بعد قبولها لزمه
العود على الزوج وذا لا يجوز لانه لم يرض بفوات حقه بلا عوض ولا يقال كيف جاز الاعتياض
في الخلع وليس البضع بمتقوم حالة الخروج لانا نقول جاز كما جاز اخذ العوض في القصاص وهو
ليس بمال والجامع وجود الالتزام من اهله فان قيل لا نسلم ان الخلع

تعليق الطلاق بالقبول ولم لا يجوز ان يكون تعليقا بالادا قلنا
لان الخلع من المعاوضات ولا يجب الادا في المعاوضات الا بالقبول فكان تعليقا بالقبول
دون الادا **قوله** لما بينا اشارة الى قوله والواقع بالكنايات باين ولانه لا تسلم المال
الا لتسلم لها نفسها وذلك بالبينونة **قوله** وان بطل العوض في الخلع مثل ان يخالع المسلمة
على خمر او خنزير او ميتة فلا شي للزوج والفرقة باينة وان بطل العوض في الطلاق
كان رجعيا وهذه من مسايل القدوري وهي معادة الجامع الصغير والحكم فيما اذا
خالعها على دم او حر كذلك وبه صرح في التحفة اعلم ان الخلع والطلاق على ما لا يحل كالخمر
واخواتها جايز ويقع الطلاق لوجود الشرط ولا يجب له عليها شي لانها لم تغره لان الخمر
وان كانت مالا لكنها ليست بمتقومة لان الشرع اهانها والامر في الميتة اظهر لانها ليست بمال
اصلا بخلاف ما اذا غرته وقالت اختلع منك بهذا الخل فاذا هو خمر فعليها ان ترد المهر الماخوذ
٢ في قول ابي حنيفة رضي الله عنه وفي قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله عليها مثل كيل ذلك من
خل وسط كذا ذكر الخلاف في مبسوط شمس الايمة السرخسي رحمه الله ولكن قول محمد فيما اذا ظهر
العبد حرا مثل قول ابي حنيفة كذا في الفتاوى الولوالجي ثم انما لا تفسد الخلع ببطلان العوض
لان الخلع لا يبطل بالشروط الفاسدة وانما يقع الطلاق رجعيا اذا بطل العوض في الطلاق
على مال ويقع باينا في الخلع على ما اذا بطل العوض لان العوض لما بطل بقي لفظ الطلاق والخلع
وصريح الطلاق بعد الدخول معقب للرجعة وانما كانت البينونة لمكان العوض ولم يوجد
بخلاف الخلع فانه بعد بطلان العوض بقي من الفاظ الكناية والواقع بالكناية باين سوى
الالفاظ الثلاثة التي مر بيانها فيما تقدم وهذا بخلاف الكتابة والعتق على خمر او خنزير حيث
يكون الكتابة فاسدة لانها لم تشرع بلا بدل والمسمى لا يصلح بدلا لكن اذا ادى يقع العتق لان
تعليق العتق باداء الخمر وعبدها جايز وعليه قيمة نفسه لان المولى ما رضي ان يزول ملكه بلا بدل
فلما لم يسلم البدل لعدم تقومه لزم قيمة المبدل وهو الرقبة المتقومة وبخلاف النكاح على ذلك
حيث يصح النكاح ويجب مهر المثل لان البضع حالة الدخول متقوم فلما لم يسلم البدل وهو الخمر
او الخنزير لعدم التقوم لزم قيمة البضع وهي مهر المثل بخلاف البضع حالة الخروج فانه ليس
بمتقوم فلم يجب شي بمقابلته والفرق بين الحالتين ان حالة الدخول حال استيلا الزوج على امه
البضع المحترم فلم يشرع تملكه بلا بدل اظهارا لخطر المحل بخلاف حالة الخروج فانها حال اسقاط
ملك الزوج عن البضع فلا حاجة الى ايجاب شي لعدم لزوم اهانة المحل المحترم فافهم وعند
الشافعي رحمه الله يجب مهر المثل عليها في الخلع قياسا على النكاح وذاك ضعيف لوجود
الفارق لانه لا قيمة للبضع عند الخروج فاذا سمت ما لا يحل ولا قيمة له وقد رضي الزوج به
صار ذكر التسمية وعدمها سوا فلم يلزمها شي كما اذا اطلق الخلع وسكت عن ذكر العوض **قوله**
على ما نذكر اراد به ما ذكره بعيد هذا بقوله فالاسقاط في نفسه شريف فلا حاجة الى
ايجاب المال **قوله** انه شريف الضمير راجع الى البضع **قوله** وما جاز ان يكون مهرا
جاز ان يكون بدلا في الخلع وهذه من مسايل القدوري وانما جاز هنا ما جاز ثمه لان كل واحد
من النكاح والخلع عقد على البضع فاذا كان الشي صالحا لا يكون مهرا في النكاح والبضع حالة
الدخول متقوم كان صالحا لان يكون بدلا في الخلع والبضع ليس بمتقوم حالة الخروج بالطريق
الاولى ولهذا اذا اختلعت على ثوب موصوف او مكيل او موزون كذلك جاز كما في المهر وان

اختلعت على ثوب او على دار فالتسمية فاسدة للجهالة المستتمة كما في المهر وله المهر الذي اعطاها
لانها غرته ولا يجوز هنا ما لا يجوز ثمة كما اذا اختلعت على ما لا يحل كالخمر والجنة لكن هنا
لا شيء للزوج على المراة اذا وقع الخلع بقبول الزوج بخلاف النكاح على الخمر ونحوها حيث يجب
مهر المثل والفرق قد مر قبيل هذا ولا يرد على هذا تسمية ما دون العشرة في الخلع فانها تصح
مع انها لا تجوز في النكاح لان في المهر وجد التقدير الشرعي وفي الخلع لا وانما العوض من
طرد الكلي ان يكون مالا متقوما ليس فيه جهالة مستتمة وما دون العشرة بهذه المثابة
ومن عكس الكلي ان لا يكون مالا متقوما وان لا يكون فيه جهالة مستتمة اذا كان مالا
وما دون العشرة مال متقوم ليس فيه جهالة فلا يرد السوال لا على طرد الكلي ولا على
عكسه فافهم **قوله** فان قالت له خالعني على ما في يدي فخالعها ولم يكن في يدها شيء فلا شيء
له عليها وهذه من مسايل القدوري وانما لم يجب شيء لان كلمة ما عامة يتناول ما له قيمة وما ليس
له قيمة فاذا كان كذلك لم يلزمها شيء لانها لم تغره بذكر ما له قيمة وانما الرجوع عليها بحكم الغرور
والمراد من اليد الحسية وكذا اذا اختلعت على ما في هذا البيت او على ما في نخيلي او نخلي او ما في
بطون غنمي فلم يكن شيء في تلك الساعة لا يرجع عليها لما قلنا اما اذا كان في تلك الساعة شيء فله
ذلك لان المنازعة الناشية من الجهالة يرتفع بالاشارة الى المحل وفي النكاح يجب مهر
المثل في هذه الصور لان البضع متقوم عند الدخول **قوله** وان قالت خالعني على ما في
يدي من مال فخالعها فلم يكن في يدها شيء ردت عليه مهرها وهذه من مسايل القدوري وقال
الشافعي رحمه الله ترد عليه مهر مثلها كذا قال الشيخ ابو نصر رحمه الله لنا انها قد غرته
بتسمية ما له قيمة والمغرور يدفع ضرر الغرور عن نفسه بالرجوع على الغار ولا يمكن الرجوع
بقيمة المسمى لانه مجهول وكذا لا يمكن الرجوع بقيمة البضع لان البضع ليس بمتقوم حالة
الخروج لان الزوج لم يملكها شيئا بل اسقط حقه عنها فوجب القول بالرجوع بالمهر الذي
اعطاها دفعا للغرور بقدر الامكان وكذا اذا اختلعت على ما في بيتها من متاع فان
كان في تلك الساعة فيه متاع فله ذلك وان لم يكن فله الرجوع عليها بالمهر الذي ساقه اليها
لانها غرته بذكر المتاع فانه اسم لما هو متقوم منتفع به ولا يقال البضع صار مستهلكا
ولا امكان لفسخ الخلع فيجب قيمة البضع عليها لانا نقول يبطل ذلك بارتداد المراة فان
استهلاك البضع حاصل ومع هذا لا رجوع بقيمة البضع عليها **قوله** ولو قالت خالعني
على ما في يدي من دراهم او من الدراهم ففعل فلم يكن في يدها شيء فعليها ثلاثة دراهم
وهذه من مسايل القدوري اعلم انه اذا خالعها على ما في يدها من الدراهم فلا يخلو اما
احد الامرين اما ان كان في يدها شيء من الدراهم او لا فان لم يكن في يدها شيء فله ثلاثة دراهم
لانها سمت الجمع وادنى الجمع المتفق عليه ثلاثة ولا يلزم ما زاد على الثلاثة للشك في
الثبوت وان كان في يدها شيء فلا يخلو من احد الامرين اما ان كان ما دون الثلاثة او كان
الثلاثة وما فوقها وان كان ما دون الثلاثة يومر باتمام الثلاثة لتسمية الجمع وان كان
الثلاثة وما فوقها فله ذلك وكذلك اذا ذكرنا او ذكر الدنانير او الفلوس مكان الدراهم فصار
كما اذا اوصى بدراهم او اقر حيث يتناول ثلاثة دراهم ثم اعلم ان الكلام اذا كان يصح بدون
ذكر من فذكر من للتبعيض كقولك اخذت من الدراهم واذا كان لا يصح بدون ذكر من بل
يختل الكلام اذا لم يذكر من يكون ذكر من للتبيين والصلة كما في قوله تعالى فاجتنبوا الرجس

من الاوثان

من الاوثان وهنا في قولها خالعني على ما في يدي من الدراهم اذا لم يذكر من يختل الكلام لانه لا يصح ان يقال
خالعني على ما في يدي الدراهم فلاجل هذا حمل على الصلة دون التبعيض فان قلت
ينبغي ان يلزمها درهم واحد اذا لم يكن في يدها شيء لان اللام اذا دخلت على الجمع يكون المراد منه
الجنس اذا لم يكن ثمة معهود والجنس واقع على الادنى مع احتمال الكل ولهذا اذا قال ان ملكت
العبيد او تزوجت النسا فعلي كذا فانه يحنث بالواحد بخلاف ما اذا قال عبيدا او نسا حيث لا يحنث
الا بالثلاث قلت هذا السوال ساقط على رواية
التنكير في الدراهم وذاك اكثر نسخ القدوري واما على رواية التعريف وهي رواية بعض النسخ
فنقول اللام اذا دخلت على الجمع فيه اختلاف بين العلما قال بعضهم انه لمطلق الجمع فعلى القول
يراد من الدراهم الثلاثة لانها ادنى الجمع ولا يراد ما دون الثلاثة لانه ليس بجمع فلعل المصنف
رحمه الله ذهب الى هذا القول او نقول انما يراد الجنس اذا لم يكن العهد مرادا وقد اريد العهد
لقولها على ما في يدي او نقول انما يراد الجنس اذا تصور وهنا لا يتصور لانه محال ان يكون كل
الدراهم في يدها فان قلت يرد عليكم ما اذا قال لاسرائه اختاري
من الثلاث ما شئت فانها اذا اختارت الواحدة او الاثنتين يصح والخلاف بين ابي حنيفة
وصاحبيه في اختيار الثلاث فينبغي على قياس تلك المسئلة ان يصح الخلع على درهم واحد اذا
خالعها على ما في يدها من الدراهم ولم يكن في يدها شيء ويلزمها ذلك لكونه متيقنا لكونه ادنى
قلت هذا السوال لا يرد علينا لان القياس صحته بالمماثلة
بين المقيس والمقيس عليه ولا مماثلة فلا يصح القياس لان من في صورة الخلع للتبيين والصلة
لاختلال الكلام بدونه بخلاف قوله اختاري من الثلاث فانه للتبعيض لعدم اختلال الكلام
بدونه ولهذا صح ان يقال اختاري الثلاث ما شئت ولا احد يقول بفساد هذا التركيب فان
قلت هذه مغالطة في الجواب لان المفهوم من قوله اختاري
الثلاث ما شئت غير المفهوم من قوله اختاري من الثلاث ما شئت لان ما لمرء في الاول موصوفه
في الثاني قلت المغايرة بين المعنيين لا يقتضي الاختلال
في الكلام وانما ادعينا صحة الكلام بدون ذكر من وصحته ليست بموقوفة على عدم المغايرة
بل صحته اعم من ان يكون بين المعنيين مغايرة او لا فافهم وقال بعض الشارحين انما تعينت
الثلاثة من لفظ الدراهم اذا لم يكن في يدها شيء لان البضع محترم فلا بد من عدد معتبر وهو
الثلاثة وهذا عجيب كلامه وفيه نظر لان البضع ليس بمتقوم حال الخروج فلا يعتبر
محترما فلا حاجة الى ايجاب شيء معتبر وانما كانت الثلاثة مرادة لتسمية الجمع **قوله**
فان اختلعت على عبد لها ابق على انها بريئة من ضمانه لم تبرأ وعليها تسليم عينه ان قدرت
وتسليم قيمته ان عجزت وهذه من خواص الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب
عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل خلع امراته على عبد لها ابق على انها بريئة من ضمانه قال لا
تكون بريئة من ضمانه وعليها ان تاتي به او بقيمته وانما قلنا بانها لا تبرأ من الضمان لان الخلع
عقد معاوضة واشتراط البراءة فاسد لكونه مخالفا لمقتضى العقد لان عقد المعاوضة
يقتضي سلامة العوض فيجب عليها تسليم العبد ان قدرت على التسليم وتسليم القيمة ان عجزت
عن تسليم عين العبد كما في النكاح على عبد ابق وصح الخلع لانه لا يبطله الشرط الفاسد
الا ترى انه لو خالعها على ان يكون الولد عند الاب يقع الخلع صحيحا وان كان الشرط فاسدا

قال شمس الائمة السرخسي رحمه الله في شرح الكافي واذا اختلعت من زوجها بعبد بعينه فمات
في يد الزوجة فعليها قيمته له كما في الصداق وان كان مات العبد قبل الخلع رجع عليها بالمهر
الذي اخذت منه لانها غرته بتسمية العبد وان كان حيا فاستحق فعليها قيمته لانه تعذر تسليمه
مع بقاء السبب الموجب له وان ظهر انه كان حرا فعليها المهر الذي اخذت منه في قول ابي
حنيفة ومحمد رحمهما الله وفي قول ابي يوسف رحمه الله عليها قيمته لو كان عبدا كما في الصداق سوا
وقال الحاكم الشهيد في الكافي وان اختلعت منه بعبد حلال الدم فقتل عنده بذلك رجع
عليها بقيمته وهو كالاستحقاق وكذلك لو كان وجب قطع يده فقطع عند الزوج رده واخذ
قيمته وقد ذكرنا هذه المسائل تكثيرا للفوايد قوله واذا قالت طلقني ثلاثا بالف فطلقها
واحدة فعليها ثلث الالف وهذه من مسائل القدوري رحمه الله وكذا ما بعدها اعني قوله وان
قالت طلقني ثلاثا على الف فطلقها واحدة فلا شي عليها عند ابي حنيفة رضي الله عنه ومما من
المسائل المعادة في الجامع الصغير اعلم انه اذا طلقها واحدة في المسئلة الاولى يقع واحدة بائنة
بالاجماع لان البا تستعمل في الاعواض والعوض ينقسم على اجزا المعوض فيقابل كل طلقة بثلث
الالف ولانها لما رضيت بوجوب الالف عليها بالتخلص عنه بالثلاث كانت ارضى بوجوب ثلث
الالف بالتخلص بالواحدة بخلاف ما اذا قال لها الزوج طلقي نفسك ثلاثا بالف او على الف فطلقها
واحدة لا يقع شي لان الزوج لم يرض بزوال ملكه عنها الا بالالف فلم يدل ذلك على رضاه بزوال
ملكه باقل من الالف اما في المسئلة الثانية وهي ما اذا قالت له طلقني ثلاثا على الف فطلقها
واحدة قال ابو حنيفة رضي الله تعالى عنه يقع واحدة رجعية بغير شي وقالا يقع واحدة
بائنة بثلث الالف كما في المسئلة الاولى وبه قال الامام الشافعي لهما ان الخلع من المعاوضات
وكلمة على في المعاوضات كحرف البا سوا اذ لا فرق بين قولهم بعت هذا بكذا او على كذا
وكذا اذا قال اجرتك هذه الدار بكذا او على كذا وكذا اذا قال تزوجتك بكذا او على كذا ثم لما
توزع الالف على التطليقات الثلاث عند ذكر البا توزع ايضا عند ذكر على ولهذا لو قالت
طلقني وضرتي على الف فطلقها وحدها يلزمها حصتها من الالف لو قسم على مهرهما ولابي حنيفة
رضي الله عنه ان كلمة على تستعمل للشرط قال الله تعالى في بيعة النسا يبايعنك على ان لا يشركن
بالله شيا اي بشرط ان لا يشركن والشرط يقابل المشروط جملة ولا يقابله اجزا ولهذا لو قال
ان دخلت هذه الدار وهذه الدار فانت طالق ثلاثا فدخلت واحدة منهما لم يقع
شي ولهذا اذا قال لها انت طالق على ان تدخلي الدار كان شرطا وكذا اذا قال بعت هذا العبد
على انه خباز او كاتب كان شرطا يويده ما قال في السير الكبير اذا قال الكفار امنونا سنة
بالف فامنوهم ثم نبذ لهم الامام في نصف الشهر استحقوا نصف الالف بخلاف قولهم امنونا
على الف حيث لا يستحقون شيا اذا نبذ لهم في نصف السنة بخلاف المعاوضات المحضة
اعني البيع والاجارة والنكاح حيث لا تحمل على الشرط لان التمليكات لا تحتمل التعليق فحملت
على معنى البا مجازا لان في الالصاق معنى اللزوم واما الجواب عن مسئلة الضرة فقد قال
صاحب المختلف انها على الاختلاف ايضا ولو سلم فنقول ليس لها في طلاق ضرتها غرض
حتى يجعل كالشرط بخلاف اشتراط الثلاث على نفسها فان لها في ذلك غرضا صحيحا وهو
ان تحصل البينونة الغليظة ولا تصير في وثاق نكاحه فاعتبر معنى الشرط ليحصل له
مقصودها فظهر الفرق ثم لما لم يجب المال لان المشروط لا يتوزع على اجزا الشرط كان

الطلاق رجعيا لان الزوج كان مستبدا في ايقاع الطلاق وصريح الطلاق معقب للرجعة في
المدخول بها اذا لم يقرنه بالثلاث قوله سوا بالرفع خبر ان قوله ومن قال لامراته
انت طالق على ان تدخلي الدار كان شرطا وهذه المسئلة للاستشهاد على ان على للشرط وليست
في مسئلة ابتدائية قوله وهذا لانه للزوم حقيقة واستعير للشرط لانه يلازم
الجزا بيانه ان كلمة على للاستعلا وهي حقيقته اللغوية كما تقول زيد على السطح ثم جعلت
للالزام حقيقة شرعية كما يقال لفلان على الف درهم لان في لزوم الشي على الشي معنى
الاستعلا ثم اذا استعملت للشرط تكون مجازا ومجوز المجاز الاتصال من حيث الملازمة
لان وجود الشرط مستلزم لوجود الجزا قوله فالمشروط لا يتوزع على اجزا الشرط
وذلك لان المشروط لا يوجد الا عند وجود الشرط والشرط عبارة عن جميع اجزايه فما لم
يوجد جميع اجزايه لا يوجد الشرط فلا يقع جزء من المشروط بوجود جزء من الشرط لعدم
وجود الشرط فافهم يقال توزعوه فيما بينهم اي تقسموه وهو متعد كما ترى فينبغي ان يقال
على هذا في المتن لا يتوزع على صيغة المبني للمفعول قوله على ما مر اراد به قوله لان حرف
البا تصحب الاعواض قوله ولو قال الزوج طلقي نفسك ثلاثا بالف او على الف فطلقت نفسها
واحدة لم يقع شي وهذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان الزوج لم يرض بزوال ملكه عنها
الا بسلامة الالف له ورضاه بزوال ملكه بالالف لم يدل على رضاه بزوال ملكه باقل من
الالف بخلاف ما اذا قالت طلقني ثلاثا بالف فطلقها واحدة يقع واحدة بائنة لان المراة
لما رضيت بتملكها نفسها بوقوع البينونة بالالف كانت راضية بوقوع البينونة
باقل من الالف بالطريق الاولى ولان الزوج اتى بما طلبت من البينونة وزادها خيرا
بنقصان البدل بخلاف الاولى فان نقصان البدل من المراة ليس بخير للزوج فكانت
مخالفة لامر الزوج فلم يقع شي قوله ولو قال انت طالق على الف فقبلت طلقت وعليها
الالف وهذه من معادة الجامع الصغير وانما توقف على قبولها لانه ايجاب معاوضة
فلا بد من القبول فاذا قبلت وقعت واحدة بائنة لوجوب المال لكن يشترط القبول
في المجلس حتى اذا قامت قبل القبول بطل ذلك لانه بمنزلة تعليق الطلاق بمشيتها وعليك
الامر منها والتمليكات تقتصر على المجلس وكذلك حكم قوله انت طالق بالف قوله
في الوجهين اي في قوله انت طالق على الف وفي قوله انت طالق بالف قوله والطلاق باين لما
قلنا اي لوجوب المال قوله ولو قال لامراته انت طالق وعليك الف فقبلت او قال لعبده
انت حر وعليك الف فقبل عتق العبد وطلقت المراة ولا شي عليهما عند ابي حنيفة رضي الله عنه وكذلك
اذا لم يقبلا وقالا على كل واحد منهما الالف اذا قبل واذا لم يقبل لا يقع الطلاق والعتاق وهذه من
مسائل الجامع الصغير قال في الاصل اذا قالت المراة لزوجها اخلعني ولك الف درهم او طلقني
ولك الف درهم ففعل وقع الطلاق ولم يكن له من الالف شي في قول ابي حنيفة رضي الله عنه وقال
ابو يوسف ومحمد رحمهما الله المال لازم لهما طريقان احدهما ان الواو مستعار لمعنى البا مجازا لانه
لا فرق بين قولهم والله وبالله فاذا كان كذلك كان قولها طلقني ولك الف بمنزلة قولها طلقني بالف
وكان قوله انت طالق وعليك الف بمنزلة قوله انت طالق بالف فيلزم الالف عليها اذا طلقها في
الصورة الاولى لانها قبلت وفي الثانية يتعلق بقبولها فاذا لم تقبل لا يقع شي وجه الحمل على المجاز
دلالة المعاوضة لان الخلع عقد معاوضة ولهذا اذا قال خذ هذا العبد وعليك الف درهم

اوقال احمل هذا المتاع الى منزلي ولك درهم كان معاوضة فكذا هذا والثاني ان الواو للحال اي
طلقني في حال ما يكون لك علي الف درهم او انت طالق في حال ما يكون لي عليك الف درهم كما قال
في المأذون اذا قال لعبده اد الي الفا وانت حر اي والحال انك حر في حال ادائك حتى لا يعتق به
العبد الا عند الادا وكما قال في السير افتحوا الباب وانتم آمنون فانهم لا يأمنون ما لم يفتحوا فلما
كانت الواو للحال والاحوال شروط توقف الطلاق على قبول المال ولابي حنيفة رضي الله عنه
ان الواو للعطف في الاصل وقوله وعليك الف جملة تامة ولا يجعل متصلا بما قبله لان الاصل
ان تستبد كل جملة بنفسها كما في قولك جاء زيد وذهب عمرو ولا يتعلق ذهاب عمرو بمجي زيد الا اذا وجد
دليل الارتباط لاحدى الجملتين بالاخرى كما دل دليل المعاوضة في البيع والاجارة لانهما لا ينفكان
عن المال فحمل الواو فيهما على الدلالة المعاوضة بخلاف الطلاق فانه مشروع بمال وبغير مال فلم
يتعين العوض لا محالة فلم يحمل على البابل كان كلاما مبتدا كانها قالت طلقني ولك الف في بيتك
او كانه قال انت طالق وانا ادعي عليك الفا ولا يصح دعوى الحال لان الواو ليست بموضوعة للحال
وانما استعيرت لها مجازا والاصل عدم المجاز غاية ما في الباب ان الواو تحتمل الحال لكن لا يجب
المال بالشك والاحتمال فلما لم يجب المال وقع الطلاق رجعيا والجواب
عن مسئلة المأذون فانه لو لم يجعل الواو للحال يكون الامر باداء الالف للاجنبي فلا يجوز لانه
لا حق له على الاجنبي والجواب عن مسئلة السير ان ثمة دل الدليل على ارادة
الحال لان المقصود اعلاء الاسلام وان يعلموا محاسن الشريعة وذلك لا يحصل الا بالنزول
فافهم **قوله** ولو قال انت طالق على الف على اني بالخيار الى آخره وصورتها في الجامع
الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل قال لامرأته انت طالق
ثلاثا على الف درهم على اني بالخيار ثلثة ايام فقالت قبلت قال الطلاق واقع والخيار
باطل وهذه من الخواص وقال ايضا محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل
قال لامرأته انت طالق على الف درهم على انك بالخيار فقالت قبلت قال ان ردت الطلاق في
الثلاثة الايام بطل الطلاق وان اختارت الطلاق في الثلاثة الايام فالطلاق واقع
والالف واجبة للزوج وعندهما الطلاق واقع في الوجهين جميعا والمال لازم والخيار
باطل اعلم ان الخيار باطل اذا كان من جانب الزوج يكون باطلا بالاتفاق وذلك لان الخلع
من جانب الزوج يمين لما حققنا قبل هذا عند قوله وان طلقها على مال فقبلت وقع
الطلاق ولزمها المال ثم اثر الخيار في الفسخ بعد صحة الايجاب لا في المنع من الايجاب واليمين
لا يجري فيها الفسخ اما اذا كان الخيار من جانب المرأة ففيه اختلاف قال ابو حنيفة رضي الله
عنه شرط الخيار صحيح وقالا هو باطل كما في الاولى وجه قولهما ان الخلع من جانبها شرط اليمين
وهو قبول الالف فكما لا يصح الخيار في شرط اليمين ولهذا لو قال انت طالق ان دخلت الدار
على انك بالخيار كان الخيار باطلا ووجه قول ابي حنيفة رضي الله عنه ان الخلع من جانبها بمنزلة
البيع لان الخلع من جانبها تمليك مال بعوض ويصح الخيار في البيع فكذا في الخلع لانه في معناه
ولهذا اذا قالت اختلعت نفسي منك بكذا ثم رجعت او قامت عن المجلس قبل قبول الزوج
بطل وكذلك لا يتوقف على ما وراء المجلس حتى اذا كان الزوج غائبا فبلغه فقبل كان باطلا
وكذا لا يصح تعليقه بالشرط بان قالت اذا جاء غد فقد خالعت نفسي منك بكذا فثبت ان الخلع
من جانبها مبادلة ويجري الخيار في المبادلات لاحتمالها الفسخ بخلاف ما اذا كان الخيار من جانب

الزوج حيث لا يصح لان الخلع من جانبه يمين ولهذا لا يصح رجوعه ولا يبطل بقيامه عن
المجلس ويتوقف على ما وراء المجلس ويصح تعليقه بالخطر بان قال اذا جاء غد فقد خالعتك على
الف درهم ثم ذكر مسئلة النكاح بشرط الخيار في الجامع الصغير ولم يذكرها صاحب الهداية
وصورتها قال لامرأة زوجيني نفسك على الف درهم على انك بالخيار ثلاثة ايام او على اني
بالخيار ثلاثة ايام قال النكاح جائز والخيار باطل وذلك لان النكاح يصح مع شرط الخيار
ثلاثة ايام وهو دون الهزل اولى لان النكاح لا يحتمل الفسخ بعد تمامه فلم يحتمل الخيار والفرق
بين النكاح والخلع ان منافع البضع وان كانت مالا متقوما عند الدخول ليست بمقصودة
بنفسها في كونها مالا بل بطريق الضرورة ولا ضرورة في تصحيح الخيار وفي جانب الزوج وان
وجد المال لم يجعل معتدا بحكمه لان المال في باب النكاح تابع غير مقصود وذكر مسئلة
الكتابة بشرط الخيار ثلاثة ايام حيث يصح الكتابة والخيار جميعا لان عقد الكتابة معاوضة
من الجانبين يحتمل الفسخ بالاقالة فصارت كالبيع سواء وليس كذلك النكاح فانه لا يحتمل الفسخ
بعد تمامه والحاصل العقود ثلاثة لازم لا يحتمل الخيار لكونه غير محتمل للفسخ وذلك كالنكاح
والطلاق وغير لازم فلا يثبت فيه الخيار وذلك كالوكالة ولازم يحتمل الفسخ وذلك كالبيع
فيجري الخيار فيه **قوله** في الوجهين اي فيما اذا كان الخيار من جانبها او من جانبه **قوله**
والتصرفان اي ايجاب الزوج وقبول المرأة **قوله** وجانب العبد في العتاق مثل جانبها في
الطلاق يعني اذا طلقها على مال وجعل لها الخيار ثلاثة ايام جاز عند ابي حنيفة لانه في معنى
البيع فكذلك اذا اعتق عبده على مال وجعل له الخيار ثلاثة ايام جاز لانه في معنى البيع
وعندهما لا يصح الخيار لان قبول المال شرط اليمين ولا يصح الخيار في اليمين فكذا في شرطها
قوله ومن قال لامرأته طلقتك امس على الف درهم فلم تقبلي فقالت قبلت فالقول
قول الزوج وصورة المسئلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله
عنه في رجل يقول لامرأته طلقتك امس بالف درهم فلم تقبلي فقالت المرأة
قبلت فان القول قوله قال ولو قال رجل لآخر بعتك هذا العبد امس بالف فلم
تقبل وقال المشتري بل قبلت فان القول قول المشتري ومسئلة البيع من الخواص
وقال الحاكم الجليل الشهيد رحمه الله في المسئلة الاولى القول قول الزوج مع يمينه ثم اعلم
انه لا فرق بينهما اذا قال طلقتك امس بالف درهم او على الف درهم وبه صرح في الكافي
وشرحه وجه الفرق بين الطلاق والبيع ان الطلاق بمال يمين لانه تعليق الطلاق
بشرط قبول المرأة المال واليمين تتم بالحالف ولا يلزم من وجود اليمين وجود الشرط
فلم يكن الاقرار باليمين اقرارا بوجود الشرط لانه اذا وجد الشرط انحلت اليمين وارتفعت
وكان القول قول الزوج مع اليمين فلم يقع الطلاق بخلاف البيع فانه لا يصح الا بايجاب
وقبول بحيث لا صحة لاحدهما بدون الآخر حتى يتوقف احدهما على الآخر في المجلس
فكان الاقرار بالبيع اقرارا بالقبول لا محالة فكان القول قول المشتري فثبت البيع فاذا
انكر البيع بعد صحته فقد رجع عن بعض ما اقر به اعني عن القبول فلا يصدق يوضحه ما اذا
حلف لا يبيع متاعا ولم يقبل لا يحنث فعلم ان الاقرار بالبيع اقرار بالقبول لانه ركن فيه
كالايجاب **قوله** فالاقرار به لا يكون اقرارا بالشرط اي الاقرار باليمين لا يكون اقرارا
بوجود الشرط قبول المرأة المال وانما ذكر الضمير في قوله به وان كان راجعا

إلى اليمين وهي مؤنثة على تأويل الحلف وكذا الضمير الراجع في قوله لصحته إلى اليمين على هذا
والضمير في بدونه راجع إلى الشرط **قوله** فالإقرار بالإيجاب الأبه والضمير البارز
في به والمستتر في لايتم راجعان إلى البيع وفي به بعد حرف الاستثناء راجع إلى ما وما هو
عبارة عن القبول وحاصله أن الإقرار بالبيع إقرار بالقبول **قوله** قال والمباراة
كالخلع كلاهما يسقطان كل حق لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح عند أبي
حنيفة رضي الله عنه وهذه من مسائل القدوري تفاعل بالإبراء يكون أي أبرأ كل واحد
منهما صاحبه ومنه المباراة كالخلع وهي بالهمز ثم الأصل هنا أن المباراة والخلع كل واحد
منهما يسقط من الزوجين ما يتعلق بالنكاح كالمهر والنفقة الماضية وإنما قيدنا بالنفقة
الماضية لأن للمختلعة والمباراة النفقة والسكنى ما دامت في العدة وبه صرح الحاكم الجليل
الشهيد رحمه الله في الكافي أما إذا اختلعت على أن أبرأته من النفقة والسكنى صحت البراءة
عن النفقة ولم تصح البراءة عن السكنى لأن النفقة حقها والسكنى حق الشرع كذا ذكر في شرح
كتاب النفقات للخصاف لكن ينبغي أن تعلم أن الإبراء عن النفقة إنما يصح في ضمن عقد الخلع
تبعا للخلع حتى لو أسقطت نفقتها بعد الخلع بأن أبرأت الزوج عنها لا يصح ذلك وبه صرح شمس
الأئمة السرخسي في شرح الكافي لأنها صارت مقصودة بالإسقاط فلا يكون إلا بعد وجوبها
وهي تجب شيئا فشيئا ولو أبرأته عن مؤنة السكنى بأن سكنت بيت نفسها أو التزمت مؤنة
السكنى صح ذلك مشروطا كذا ذكره في شرح الكافي وعند أبي يوسف المباراة تسقط به
والخلع لا يسقط إلا المسمى وقال محمد لا يسقطان شيئا سوى المسمى في عقد الخلع وذكر الشيخ
أبو نصر قول الشافعي كقول محمد وجه قول محمد رحمه الله أن الخلع عبارة عن طلاق
بعوض وفي الطلاق على مال يجب المسمى لا غير فكذا في الخلع والجامع كونها طلاقا بعوض
ولهذا لا تسقط النفقة بالخلع فالمهر أولى بأن لا يسقط لأن النفقة أضعف ولأبي
يوسف رحمه الله أن المباراة تقتضي البراءة من الجانبين جميعا لأنها مفاعلة وهي
تقتضي نسبة الفعل إلى فاعلين إلى أحدهما صريحا وإلى الآخر ضمنا فيثبت براءة كل
واحد منهما بالآخر ولا كذلك الخلع لأن المفهوم منه الانخلاع وقد حصل الانخلاع في
نفس النكاح فلا حاجة إلى الانخلاع في سائر الأحكام ولأبي حنيفة رضي الله عنه أن
المباراة تقتضي براءة كل واحد من الزوجين عن الآخر لما قلنا فتثبت البراءة مطلقة ولا
تتقيد بالمسمى خاصة عملا بإطلاق اللفظ لكن تتقيد بالحقوق الواجبة بالنكاح دون
سائر الديون لدلالة غرض الزوجين من المباراة على ذلك وكذلك الخلع يسقط
براءة كل واحد منهما عن الآخر مما يتعلق بالنكاح لأنه في معنى المباراة لأنه من قولهم
خلعت الخف من الرجل أي نزعته منها والنزع لا يكون إلا بالفصل والانفصال
وهذا المعنى لا يكون إلا بانقطاع جميع الحقوق الواجبة بالنكاح عملا بإطلاق لفظ الخلع
ويدل عليه قول النبي عليه السلام من فارق الجماعة قيد شبر فقد خلع ربقة الإسلام
من عنقه يعني أنه قد برئ منه ويقال خلع الخليفة إذا برئ من الخلافة وخرج منها ولا
جائز أن يكون مخلوعا وقد بقي له شيء من أحكامها فدل ذلك على أن لفظ الخلع يتضمن
البراءة وأما أبو يوسف فيقول المباراة لفظ موضوع للبراءة لا يعقل به غيرها
فأوجبنا البراءة والخلع بمنزلة الطلاق على مال وثمرة هذا الأصل إنما تظهر فيما ذكر شمس

الأئمة

الأئمة السرخسي رحمه الله في شرح الكافي لو كان مهرها ألف درهم فاختلعت منه قبل الدخول على مائة
درهم من مهرها فليس لها أن ترجع على الزوج بشيء في قول أبي حنيفة رضي الله عنه وفي قولهما ترجع
عليه بأربعمائة ولو كانت قبضت الألف ثم اختلعت بمائة درهم منه لم يكن للزوج غير المائة في قول أبي
حنيفة رضي الله عنه وعندهما رحمهما الله يرجع عليها إلى تمام النصف وكذلك لو كان المهر عبدا بعينه
في يدها فاختلعت منه بمائة درهم عند أبي حنيفة رضي الله عنه لا يرجع عليها بشيء من العبد وعندهما
رحمهما الله يرجع عليها بنصف العبد ثم بالخلع هل يقع البراءة من دين آخر سوى دين النكاح في ظاهر
الرواية لا وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنه تقع وكذلك المباراة هل توجب البراءة عن سائر
الديون فيه اختلاف المشايخ والصحيح أنها لا توجب كذا في الفتاوى الصغرى أما إذا كان العقد بلفظ
الطلاق على مال فهل يقع البراءة عن الحقوق المتعلقة بالنكاح في ظاهر الرواية لا تقع لأن لفظ الطلاق
لا يدل على إسقاط الحق الواجب بالنكاح وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنه يقع البراءة عنها لأنها
المقصود ولو كان الخلع بلفظ البيع والشراء اختلف المشايخ فيه على قول أبي حنيفة رضي الله عنه قال
في الفتاوى الصغرى والصحيح أنه كالخلع والمباراة وعندهما الجواب فيه كالجواب في الخلع كذا نقل
في خلاصة الفتاوى عن خواهر زاده رحمه الله وقال في الفتاوى الصغرى لو قال لامرأته خالعتك
فقبلت المرأة يقع الطلاق ويقع البراءة إن كان عليه مهر وإن لم يكن عليه مهر يجب عليها رد ما ساق إليها من
المهر لأن المال مذكور عرفا بذكر الخلع ونقله عن أول إقرار شيخ الإسلام خواهر زاده رحمه الله فعلم
بهذا أن ما ذكره فيه في أول مسائل الخلع بقوله إذا قال لها خالعتك فقالت قبلت لا يسقط شيء من المهر
فيه نظر **قوله** وأبو يوسف معه في الخلع أي مع محمد يعني أن الخلع لا يسقط شيئا سوى المسمى
وإنما ذكر قول أبي يوسف بعد ذكر قول محمد لأن قول أبي حنيفة مع قول محمد على طرفي نقيض
وقول أبي يوسف متردد ففي المباراة مع أبي حنيفة وفي الخلع مع محمد **قوله** هذه معاوضة
أي لفظة المباراة ولفظة الخلع معاوضة لأن الخلع طلاق بعوض **قوله** لا غير فيه اختلاف
بين النحويين فقال البصريون هو مبني بضم الراء لأنه قطع عنه المضاف إليه ونوى فصار غاية
كقبل وقد فهما أن قبل ظرف وليس لا غير بظرف وقال الزجاج لا غير برفع الراء والتنوين على تقدير
ليس فيه غير وقال الكوفيون لا غير مبنيا على الفتح مثل لا ريب وقد عرف في موضعه **قوله** وإنه
مطلق أي لفظ المباراة مطلق عن قيد المسمى فلا يتقيد بالمسمى لأن المطلق يجري على إطلاقه إلا إذا
دل الدليل على التقييد كما قيدنا بحقوق النكاح دون سائر الديون لأن غرضهما من الخلع قطع المنازعة
الناشئة بالنكاح فيتقيد البراءة بالحقوق الواجبة بالنكاح ولقائل أن يقول لا شك أن الصريح يفوق
الدلالة فبدلالة غرض الزوجين يتقيد المباراة والخلع بما يتعلق بالنكاح فلأن يتقيد بالمسمى لوجود
صريح التسمية أولى وأحرى **قوله** فنعمل بإطلاقهما في النكاح وأحكامه وحقوقه أي بإطلاق
لفظ المباراة والخلع ولقائل أن يقول من جهة محمد رحمه الله لا نسلم أن اللفظ مطلق سلمنا ذلك
فيما إذا قال الرجل بارأتك أو خالعتك فقالت قبلت ولم يذكر المال أو قالت المرأة خالعني أو قالت
بارئني فقال الزوج خالعتك أو بارأتك ولم يذكر المال أما إذا قال بارأتك أو قال خالعتك على كذا
أو بكذا فلا نسلم أن اللفظ حينئذ يبقى مطلقا لوجود قيد التسمية فلو لم يتقيد اللفظ بالمسمى يلزم إلغاء قيد
التسمية فلا يجوز **قوله** ومن خلع ابنته وهي صغيرة بمالها لم يجز عليها وهذه من مسائل
الجامع الصغير المعادة إلى آخر الباب اعلم أن الرجل إذا خاطب الصغيرة وقال خالعت ابنتك
على صداقها أو على مال لها الآخر فقبل الأب لم يجز عليها حتى لا يسقط مهرها ولا يلزمها شيء من المال

لان البضع ليس بمتقوم حال الخروج لان الزوج لم يملكها شيئا بل اسقط حقه عنها وولاية الاب
نظرية ولا نظر في الزام ما هو متقوم بمقابلة ما ليس بمتقوم بخلاف ما اذا زوج ابنه الصغير
بماله حيث يجب المهر على الابن لانه يدخل في ملكه شيء بازاء ما يلزمه من المال وهو معنى قوله في
خلاف النكاح ثم هل يقع الطلاق ام لا فيه روايتان قال الصدر الشهيد والامام العتابي في
شرحيهما للجامع الصغير والاصح انه يقع لان الزوج علق الطلاق بشرط قبول الاب وقد
وجد فصار كما اذا وجد الشرط في سائر التعليقات اما اذا خلع الاب ابنته الصغيرة على
صداقها او على الف درهم وضمن ذلك صح الخلع لوجود الشرط ووجب المال على الاب لان
التزام بدل الخلع من الاجنبي يصح فمن الاب اولى لكن لا يسقط المهر لانه لا نظر في سقوطه
بل يبقى كل المهر ان دخل بها والنصف ان لم يدخل بها واما اذا لم يضمن الاب بل شرط الضمان
عليها يتوقف الخلع على قبولها ان كانت من اهل القبول بان كانت الصغيرة عاقلة فان قبلت
وقع الطلاق لوجود الشرط لكن لا يسقط المهر لان الصغيرة ليست من اهل الغرامة
بل يجب الكل ان دخل بها او النصف ان لم يدخل بها فان لم تقبل هي بل قبل الاب عنها ففي وقوع
الطلاق روايتان ثم اذا صح ضمان الاب الالف او المهر وهو الف درهم مثلا فلا يخلو من احد
الامرين اما ان دخل الزوج بها او لا فان كان دخل بها فلها على الزوج جميع المهر وللزوج على الاب
بحكم الضمان الف درهم وان كان لم يدخل بها فلها على الزوج نصف الالف لان النصف الاخر يسقط
بالطلاق قبل الدخول وللزوج على الاب الف درهم بحكم الضمان في القياس واما في الاستحسان
فللزوج على الاب خمسمائة لان المقصود سلامة الالف وقد حصلت لان النصف سقط بالطلاق
قبل الدخول والنصف الاخر الذي ترجع به المراة عليه فهو يرجع على الضامن وهو الاب
هذا اذا لم تقبض المهر اما اذا قبضت كله فيرجع الزوج بالنصف عليها وبالنصف الاخر على
الضامن فيسلم له جميع الالف ولا معتبر باختلاف السبب عند اتحاد المقصود واصل المسئلة
ما ذكره العتابي وغيره في البالغة اذا اختلعت على الف درهم قبل الدخول ومهرها الف درهم
ولم تقبض شيئا فالقياس ان يجب عليها خمسمائة للزوج لان خمسمائة من المهر سقطت بالطلاق
قبل الدخول وقد التزمت المراة الالف ونصف الالف سقط عن ذمتها بطريق المقاصة لان
لها على الزوج خمسمائة باقية بعد سقوط نصف المهر فوجب عليها خمسمائة زائدة على الالف تتمة
للالف التي التزمتها وفي الاستحسان لا شيء عليها لان مقصود الزوج سقوط كل المهر عن ذمته
وقد حصل فلا يلزمه شيء زائد على ذلك اما اذا قبضت جميع الالف ففي القياس ترد المراة الالف
وخمسمائة وفي الاستحسان لا ترد شيئا زائدا على الالف لان المقصود سلامة المهر وقد حصلت
فلا حاجة الى ايجاب شيء اخر قالوا فان كان المهر شيئا عينا فانها تاخذ من الزوج عين ذلك كله
ان دخل بها ونصفه ان لم يدخل بها ويرجع الزوج على الضامن وهو الاب بقيمة كله او بقيمة
نصفه استحسانا **قوله** ولهذا يعتبر خلع المريضة من الثلث ونكاح المريض بمهر المثل
من جميع المال هذا ايضاح لكون البضع في حال الخروج غير متقوم وكونه متقوما عند
الدخول فانه لما لم يكن متقوما عند الخروج وقع خلع المريضة تبرعا فاعتبر من الثلث بخلاف
حالة الدخول فانه لا يعتبر تبرعا بمقدار مهر المثل فاعتبر من جميع المال **قوله** لانه
تعليق الطلاق بشرط قبوله اي لان الخلع تعليق الطلاق بشرط قبوله اي لان الخلع تعليق
الطلاق بشرط قبول الاب وقد حصل لان الزوج علقه بقبول الاب **قوله** فان خلعها

على الف

على الف على انه ضامن اي ان خلع الاب الصغيرة وضمن الاب بدل الخلع **قوله** وان شرط
الالف عليها اي شرط الاب الالف على الصغيرة **قوله** ان كانت من اهل القبول اي ان كانت
عاقلة **قوله** ففيه روايتان اي في وقوع الطلاق روايتان عن اصحابنا **قوله** ويلزمه
خمسمائة اي يلزم الاب **قوله** خمسمائة زائدة اي على المهر **قوله** يراد به عادة حاصل
ما يلزم لها اي يراد بالخلع عادة حاصل ما يلزم للمراة على الزوج والله اعلم

باب الظهار

مناسبة الباب مر في اول باب
الايلاء اعلم ان الظهار لغة قول الرجل لامراته انت علي كظهر امي وفي الشريعة تشبيه المحللة بالمحرمة
على وجه التابيد كالام والاخت والخالة والعمة سواء كانت من نسب او رضاع او مصاهرة
وركن الظهار قوله انت علي كظهر امي فيقع الظهار به سواء وجدت النية او لم توجد لانه صريح
في الظهار وكذا اذا شبه بعضو شائع او معبر عن جميع البدن كما في الطلاق وشرط الظهار
ان يكون المظاهر مسلما حتى لا يصح ظهار الذمي عندنا خلافا للشافعي ومن شرائطه ان تكون المراة
محللة بالنكاح لا بملك اليمين حتى لو ظاهر من امته او مدبرته او ام ولده لا يصح لان حكم الظهار
ثابت بخلاف القياس لكونه منكرا من القول وزورا فاقتصر على مورد النص قال تعالى والذين
يظاهرون من نسائهم واهله من كان اهلا لسائر التصرفات وهو العاقل البالغ وحكمه حرمة
الوطي ودواعيه موقتا الى وجود الكفارة مع بقاء اصل النكاح لقوله عليه السلام للمظاهر
المواقع استغفر الله ولا تعد حتى تكفر **قوله** اذا قال الرجل لامراته انت علي كظهر امي فقد
حرمت عليه لا يحل وطؤها ولا مسها ولا تقبيلها حتى يكفر عن ظهاره وهذه مسئلة القدوري ره
والاصل في الظهار قوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير
رقبة من قبل ان يتماسا ذلكم توعظون به والله بما تعملون خبير فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين
من قبل ان يتماسا فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا وسبب نزول الاية ما روى الواحدي رحمه
الله في كتاب اسباب نزول القران باسناده الى عروة قالت عائشة رضي الله عنها تبارك الذي
وسع سمعه كل شيء اني لاسمع كلام خولة بنت ثعلبة ويخفى علي بعضه وهي تشتكي زوجها الى رسول
الله صلى الله عليه وسلم وهي تقول يا رسول الله ابلى شبابي ونثرت له بطني حتى اذا كبر سني وانقطع
ولدي ظاهر مني اللهم اني اشكو اليك قالت فما برحت حتى نزل جبرائيل عليه السلام بهذه الايات
قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها وتشتكي الى الله الاية وقال في الكشاف هي خولة بنت ثعلبة
امراة اوس بن الصامت اخي عبادة بن الصامت وقال فيه وروي ان النبي صلى الله عليه وسلم
قال لها حرمت عليه فقالت يا رسول الله ما ذكر طلاقا وانما هو ابو ولدي واحب الناس الي فقال
حرمت عليه فقالت اشكو الى الله فاقتي ووجدي كلما قال رسول الله حرمت عليه هتفت وشكت
الى الله فنزلت قال اصحابنا رحمهم الله في المبسوط وغيره ان الظهار كان طلاقا في الجاهلية فقرر
الشرع اصل الظهار ونقل حكمه الى تحريم يرتفع بالكفارة من غير ان يكون الظهار مزيلا للنكاح
كالحيض يحرم به الوطي الى وجود الطهر من غير ان يزول النكاح **قوله** وهذا لانه جناية لانه
اشارة الى نقل حكم الظهار الى تحريم موقت بالكفارة بيانه ان الظهار جناية لان الله تعالى سماه في
اية الظهار منكرا وزورا فقال تعالى وانهم ليقولون منكرا من القول وزورا واراد بالمنكر ما ينكره
الحقيقة والشرع وبالزور الكذب والباطل فناسب ان تجازى بثبوت الحرمة وارتفاع تلك
الحرمة بالكفارة زجرا له والضمير في عليها راجع الى الجناية وفي ارتفاعها الى الحرمة **قوله** ثم له

الوطي اذا حرم حرم بدواعيه كيلا يقع فيه والضمير في دواعيه راجع الى الوطي وكذا في فيه واراد بالدواعي اللمس والقبلة لانهما داعيان الى الوطي اعلم ان الوطي حرام قبل الكفارة لما سنبين في فصل الكفارة ان شاء الله تعالى فلما حرم الوطي حرم دواعيه ايضا كما في الاحرام والاعتكاف والاستبراء كيلا يقع في الحرام فمن حام حول الحمى يوشك ان يقع فيه بخلاف الحيض والنفاس والصوم تقع كثيرا فلو حرم الدواعي افضت الى الحرج وهو منتف بالنص بخلاف الظهار والاحرام والاعتكاف والاستبراء فانهن يقعن قليلا ولا يفضي حرمة الدواعي فيها الى الحرج وباقي التقرير يمر في باب الاعتكاف

قوله فان وطيها قبل ان يكفر استغفر الله ولا شيء عليه غير الكفارة الاولى ولا يعاوده حتى يكفر وهذا لفظ القدوري في مختصره واراد بالكفارة الاولى الكفارة الواجبة بالظهار على الترتيب المنصوص والضمير البارز في لا يعاوده راجع الى الوطي وهذا ما روى صاحب السنن باسناده الى عكرمة ان رجلا ظاهر من امراته ثم واقعها قبل ان يكفر فاتى النبي صلى الله عليه وسلم فاخبره فقال له ما حملك على ما صنعت قال رايت بياض ساقيها في القمر قال فاعتزلها حتى تكفر عن يمينك وروى صاحب الكشاف ان سلمة بن صخر البياضي قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم ظاهرت من امراتي ثم ابصرت خلخالها في ليلة قمراء فواقعتها فقال عليه السلام استغفر ربك ولا تعد حتى تكفر وجه الاستدلال بالحديث ان النبي عليه السلام امره بالاستغفار ولم يامره بالكفارة الاخرى فلو كانت واجبة لبينها وهذا مذهب عامة العلماء مثل سفيان ومالك والشافعي واحمد واسحاق وقال بعضهم اذا واقعها قبل ان يكفر فعليه كفارتان وهو قول عبد الرحمن بن مهدي كذا اورد ابو عيسى الترمذي في جامعه وقال ابو بكر الرازي روي نحو قولنا عن الحسن وسعيد بن المسيب وعطا وابراهيم وروي عن عمرو بن العاص وسعيد بن الجبير ان عليه كفارتين ثم العود الذي يجب به الكفارة فيه اختلاف قال اصحابنا هو العزم على الجماع فاذا عزم على وطيها وجبت الكفارة فان بدا له في الوطي سقطت عنه وكانه عندهم لا يجب وجوبا مستقرا كذا في شرح ابي نصر وقال داود الاصفهاني هو اعادة لفظ الظهار مرتين كذا في الشامل وقال الشافعي هو امساكها بعد الظهار زمانا ولا تطلق حتى لو طلقها موصولا بالظهار فلا كفارة عليه كذا في المختلف وغيره والصحيح قولنا لان المفهوم من العود في اللغة هو الرجوع الى الامر الاول والجماع كان مباحا قبل الظهار فصار حراما بعد الظهار فاذا عزم على الجماع عاد الى الامر الاول فكان العود هو العزم على الجماع يقال عاد اليه وله بمعنى كذا ذكره الجوهري وما في لما قالوا بمعنى المصدر ويراد بالمصدر المفعول كضرب الامير ونسج اليمن تسمية للمحل باسم الحال كما في قوله تعالى خذوا زينتكم وحاصل المعنى ثم يعودون الى نسائهم اي الى مباشرتهن لكن اذا بدا له في الوطي سقطت الكفارة لانها تجب عندنا غير مستقرة ولهذا تسقط بموتها او موته تحقيقه ان العود بالعزم ولا استقرار في العزم فكذا الكفارة المبنية عليه قال ابو بكر الرازي في شرح الطحاوي ومما يدل على بطلان قول الشافعي ان قوله ثم يعودون لما قالوا يقتضي ان يكون العود عقيب الظهار بترك طلاقها متصلا به لكن هذا خلاف حكم الاية اذ ليس في قوله وجود عود يكون مواطيا لحكم الاية بوجه وهذا فاسد من القول وقوله من جهة اخرى مخالف لظاهر الاية وهو ان قوله ثم يعودون لما قالوا يقتضي احداث معنى يكون به عائدا وترك الطلاق لا يسمى عودا الى شيء بحال وانما هو بقاء على الحال الاولى وبقاء الانسان على حال كان عليها قبل القول لا يسمى عودا اليه فلم يجز حمل معنى الاية عليه ثم اعلم ان الكفارة لا تجب بالعود وحده بل بالظهار والعود جميعا لان الله تعالى علق الكفارة

بالظهار

بالظهار والعود جميعا

قوله قال وهذا اللفظ لا يكون الا ظهارا اي قال صاحب الهداية هذا اللفظ يعني قوله انت علي كظهر امي لا يكون الا ظهارا اي نوى اما ان نوى الظهار فظاهر وكذا اذا نوى الطلاق لان الظهار كان طلاقا في الجاهلية فنسخ الى تحريم موقت بالكفارة فيكون نية الطلاق نية المنسوخ فلا تصح ولان النية تعيين بعض محتملات اللفظ واللفظ صريح في الظهار فلا يحتمل غيره فلا يصح نية الطلاق وكذا اذا نوى تحريم اليمين لانه صريح في الظهار وكذا اذا قال اردت به الخبر عن الماضي كاذبا لا يصدق قضاء

قوله واذا قال انت علي كبطن امي او كفخذها او كفرجها فهو مظاهر وهذا لفظ القدوري في مختصره وذاك لان الظهار منكر من القول وزور وهو انما يكون بتشبيه من هي في اقصى غايات الحل بالتي هي في اقصى غايات الحرمة وذلك لا يختلف بالظهر والبطن لا سيما الفرج فان حرمته اشد ولان الظهار تشبيه المحللة بالمحرمة على التابيد وهذا المعنى يحصل بالتشبيه بكل عضو لا يجوز النظر اليه كما يحصل بالظهر فيكون مظاهرا بهذه الالفاظ كما يكون بلفظ الظهر

قوله وكذلك اذا شبهها بمن لا يحل له النظر اليها على التابيد من محارمه مثل اخته او عمته او امه من الرضاع اي اذا شبه امراته بمن لا يحل للرجل النظر الى هذه الاشيا الظهر والبطن والفخذ والفرج على التابيد من سائر المحارم كالاخت ونحوها اعلم ان الرجل اذا شبه امراته بمن لا يحل له نكاحها ابدا كان مظاهرا سواء كانت من جهة النسب او من جهة الرضاع او من جهة المصاهرة كالعمة والخالة والاخت من نسب او رضاع وكام المراة وامراة الاب لانهن في الحرمة المؤبدة كالام وقال الشيخ ابو نصر البغدادي رحمه الله قال الشافعي اذا شبهها بالام والجدة فهو ظهار وان شبهها بالبنت والاخت ففيه قولان وان شبهها بمن كانت حلالا ثم حرمت كام امراته لم يكن مظاهرا قولا واحدا لان الله تعالى خص الام بالذكر قلنا هذا ضعيف لان الله تعالى علل الظهار بكونه منكرا من القول وزورا وهذا المعنى يحصل في البنت والاخت وغيرهما ممن يحرم نكاحها على التابيد وقال في الفتاوى الولوالجي لو شبهها بامراة زنى بها ابوه او ابنه فهو مظاهر عند ابي يوسف لانها محرمة على التابيد لقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم وقال محمد لا يكون مظاهرا لان الفقهاء اختلفوا فيه فاورث ذلك خفة في الحرمة وعلى هذا الاختلاف لو ان حاكما حكم بجواز نكاحها لم ينفذ عند ابي يوسف وعند محمد ينفذ وان شبهها بامراة قد فرق الحاكم بينهما باللعان قال ابو يوسف لا يكون مظاهرا لان موجب اللعان وان كان الحرمة المؤبدة غيره يسع فيه الاجتهاد ولهذا لو حكم حاكم بجواز نكاحها جاز فلم تكن في معنى الام كذا ذكر شمس الائمة السرخسي رحمه الله وغيره وقال في الفتاوى الولوالجي ايضا ولو قبل اجنبية بشهوة او نظر الى فرجها بشهوة ثم شبه زوجته بابنتها لم يكن مظاهرا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله يكون مظاهرا لان الحرمة تثبت بالنص وهو ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من كشف قناع امراة فنظر الى فرجها بشهوة حرمت عليه امها وابنتها وهما يقولان ان هذا خبر الواحد فلا يوجب العلم بخلاف الوطي لانه منصوص عليه في الكتاب وقال فيها ايضا ولو شبهها بمن تحل في حال نحو اخت المراة او امراة لها زوج او مجوسية او مرتدة لم يكن مظاهرا لان الحرمة هنا تقبل الزوال وقال الحاكم الشهيد في الكافي وان قال لامراته انا منك مظاهر او قد ظاهرت منك او انت مني كظهر امي او انت عندي كظهر امي او انت معي كظهر امي فهذا كله ظهار وانما ذكرنا هذه المسايل تكثيرا للفوايد لمن يطلب

الزوائد **قوله** وكذلك ان قال رأسك علي كظهر أبي او فرجك او وجهك او رقبتك او
نصفك او ثلثك اي هو مظاهر وهذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان الفرج والوجه
والرقبة يعبر بها عن جميع البدن فيكون تشبيه هذه الاعضاء من المرأة كتشبيه ذات المرأة
فيكون مظاهرا وكذا اذا قال بدنك او جسدك علي كظهر أبي كان مظاهرا ولو قال يدك
او رجلك او ظفرك او شعرك علي كظهر أبي كان باطلا وبه صرح الحاكم الشهيد في الكافي وقال شمس
الائمة السرخسي رحمه الله في شرح الكافي ولو قال جنبك او ظهرك علي كظهر أبي لم يكن مظاهرا بمنزلة
قوله يدك او رجلك لان هذا العضو لا يعبر به عن جميع البدن عادة واما الجزء الشائع كالنصف
والثلث والربع وغيرها اذا شبه بظهر الأم يكون مظاهرا لان الحكم يثبت في ذلك الجزء
اولا ثم يسري الى سائر البدن [illegible] لشياع الجزء كما في الطلاق وقال الحاكم الشهيد في الكافي
وان قال انت علي كظهر أبي اليوم فهو مظاهر في ذلك اليوم فاذا مضى بطل الظهار وقال
ابن ابي ليلى هو مظاهر ابدا وكذلك لو قال شهرا او قال حتى يقدم فلان فهو كما قال له
وسقط اذا مضى شهر او قدم فلان وذلك لان حرمة الظهار موقتة فبقاء الظهار له
بتأقيته **قوله** ولو قال انت علي مثل أبي او كأبي يرجع الى نيته وهذه من مسائل مختصره
القدوري وتمام ما فيه فان قال اردت الكرامة فهو كما قال وان قال اردت الظهار فهو ظهار
وان قال اردت الطلاق فهو طلاق باين وان لم يكن له نية فليس بشيء قال الشيخ ابو نصر
رحمه الله وهذا قول ابي حنيفة رضي الله عنه وقال ابو يوسف رحمه الله هو ايلاء وقال محمد
رحمه الله هو ظهار وهذا الخلاف بينهم اذا لم يكن له نية اما الرجوع الى النية فلان المثل او
الكاف يقتضي التشبيه وذلك يحتمل الوجوه فلا يزول الابهام الا بالنية ثم اذا قال اردت
به الكرامة والمنزلة فهو كما قال يعني انت عندي في استحقاق الكرامة والمنزلة مثل أبي له
وهذا لان كلامه يحتمل ذلك واذا قال اردت الظهار كان ظهارا لانه اذا شبهها بظهرها
وهو عضو منها كان ظهارا فلان يكون ظهارا وقد شبهها بجميعها وجميعها مشتمل على الظهر
اولى واحرى واذا قال اردت الطلاق كان طلاقا باينا لانه يحتمل التشبيه في الحرمة
فكأنه قال انت علي حرام ونوى به الطلاق وان لم يكن له نية فليس بشيء في قول ابي حنيفة
رضي الله عنه وقال محمد رحمه الله هو ظهار ولم يذكر خلاف ابي يوسف رحمه الله في الاصل
وفي مختصر الكافي وقال مشايخنا في شروح الجامع الصغير عن ابي يوسف رحمه الله روايتان
في رواية كقول محمد وفي رواية كقول ابي حنيفة وقال الامام الزاهد العتابي في شرحه
للجامع الصغير وعن ابي يوسف رحمه الله ثلاث روايات في رواية لا يقع شيء كقول
ابي حنيفة رضي الله عنه وفي رواية يكون ظهارا وفي رواية يكون ايلاء والصحيح قول
ابي حنيفة رضي الله عنه لان اللفظ يحتمل البر والكرامة وما زاد عليه فهو مشكوك فلا
يثبت الا بالنية وجه قول ابي يوسف رحمه الله ان الايلاء متيقن لكونه ادنى وفيه نظر
لان الكرامة ادنى منه واللفظ يحتملها ووجه قول محمد رحمه الله ان لفظ التشبيه يدل
على ارادة الظهار وفيه نظر ايضا لان الظهار لا يقتضي التشبيه لا محالة ولهذا لو قال
ظاهرتك منك او قال انا منك مظاهر صح الظهار مع عدم التشبيه فلما لم يختص الظهار
بالتشبيه لم يدل لفظ التشبيه على ارادة الظهار واما اذا نوى التحريم لا غير بقوله انت علي
مثل أبي او كأبي فقال الصدر الشهيد رحمه الله في شرحه للجامع الصغير ذكر بعض المتأخرين

بلغ

في شرح هذا الكتاب اي الجامع الصغير خلافا وقال على قول ابي حنيفة وابي يوسف ايلاء وعلى قول
محمد ظهار ثم قال الصدر الشهيد وهذا غلط بل يكون ظهارا بالاجماع واستدل بما نص عليه الحاكم
الشهيد في مختصر الكافي في قوله انت علي حرام كأبي فانه اذا لم ينو شيئا او نوى التحريم يكون ظهارا
قال فاذا ظهرت لك الرواية في قوله انت علي حرام كأبي ولم ينو شيئا او نوى التحريم انه ظهار
عندهم فكذا في قوله انت علي كأبي لانه لما نوى التحريم صار ملحقا بقوله انت علي حرام كأبي **قوله**
فعند ابي يوسف هو ايلاء ليكون الثابت ادنى الحرمتين وهذا الخلاف بين ابي يوسف ومحمد
على ما قاله بعض المشايخ وقد رده الصدر الشهيد رحمه الله فقال بل هو ظهار بالاجماع وقد
مر بيانه آنفا واراد بالحرمتين حرمة الايلاء وحرمة الظهار وادناهما حرمة الايلاء من وجوه
احدها ان الحرمة في الايلاء لا تثبت في الحال ما لم تمض اربعة اشهر وفي الظهار تثبت في الحال والثاني
ان الحرمة التي تثبت بالايلاء يمكن دفعها بالحنث في المدة بالوطء وليس كذلك الظهار فانه لا يجوز وطء
المظاهر منها ما لم يكفر والثالث ان الظهار منكر من القول وزور وليس كذلك الايلاء لانه يمين
مباح والرابع ان كفارة الظهار اطعام ستين مسكينا وكفارة الايلاء اطعام عشرة مساكين والصوم
في الظهار شهران متتابعان وفي الايلاء ثلاثة ايام متتابعة فيكون كفارة الظهار اغلظ له
والخامس ان الرجل اذا ظاهر من امرأته ثم طلقها ثم عادت اليه الاول بعد زوج آخر كان الظهار
على حاله لا يقربها حتى يكفر واذا آلى من امرأته ابدا ثم طلقها ثلاثا بطل الايلاء حتى اذا عادت
اليه بعد زوج آخر فلم يقربها في اربعة اشهر لا يقع البينونة لكن اذا قربها كفر عن يمينه فلما
كانت حرمة الايلاء ادنى من حرمة الظهار كان المراد ايلاء للتيقن **قوله** ولو قال انت علي
حرام كأمي ونوى طلاقا او ظهارا فهو على ما نوى وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة
وفي هذه المسألة لا يتصور معنى الكرامة والمنزلة للتصريح بالحرمة لكن يتصور الطلاق له
والظهار فايهما نوى صح ذلك لاحتماله كما في المسألة الاولى وذلك لان قوله انت علي حرام له
يكون طلاقا بالنية والتشبيه بالام يقول كأمي تأكيد لتلك الحرمة فاذا شبهها بظهر الام يكون
ظهارا فبالطريق الاولى ان يكون ظهارا اذا شبهها بالام اما اذا نوى التحريم فهو ظهار وبه
صرح الحاكم الجليل الشهيد في الكافي وعلل الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير وقال فقد
نزح حرمة الظهار لانه ما ذكر هذه الحرمة مطلقا وانما ذكرها مشبها بالام وتشبيه المنكوحة
بالام سبب لحرمة الظهار لا لحرمة الايلاء والطلاق فتعين الظهار بدلالة التشبيه واما
اذا لم يكن له نية فقد ذكر بعض المتأخرين في شرح الجامع الصغير خلافا فقال على قول
ابي حنيفة وابي يوسف هو ايلاء ليكون الثابت به ادنى الحرمتين وعلى قول محمد هو ظهار
لكاف التشبيه فقال الصدر الشهيد رحمه الله وهذا ايضا غلط استدلالا بما نص في مختصر
الكافي على انه اذا قال انت علي حرام كأمي ولم ينو شيئا يكون ظهارا ولم يذكر شمس الائمة السرخسي
ايضا في شرح الكافي وهو مبسوطه فيما اذا لم يكن له نية خلافا بل قال وان لم يكن له نية فهو
ظهار لان حرمة الظهار دون حرمة الطلاق لان الظهار لا يزيل الملك والطلاق له
يزيله وكذا قال شمس الائمة البيهقي رحمه الله في الشامل والولوالجي في فتاواه والعتابي
في شرح الجامع الصغير فعلم ان الخلاف المذكور في الهداية بين ابي يوسف ومحمد فيه
نظر **قوله** والوجهان بيناهما اي وجها قول ابي يوسف وقول محمد واشار بهما الى قوله
ليكون الثابت ادنى الحرمتين والى قوله لان كاف التشبيه تختص به اي بالظهار **قوله**

ولو قال انت علي حرام كظهر امي ونوى طلاقا او ايلاء لم يكن الا ظهارا عند ابي حنيفة رضي الله
عنه وقالا هو على ما نوى وهذه من المسائل المعادة في الجامع الصغير وقوله قالا هو على ما
نوى لنا فيه كلام لانه يفهم منه انه اذا نوى ايلاء يكون ايلاء عندهما وليس ذلك بمذكور في
ظاهر الرواية ولهذا قال الحاكم الجليل الشهيد في الكافي وان قال انت علي حرام كظهر امي
وهذا يريد الطلاق او التحريم او الظهار فهو ظهار في قول ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا
رحمهما الله اذا اراد بالتحريم الطلاق فهو طلاق الى هنا لفظ الكافي ولم يتعرض لنية الايلاء
على مذهبهما كما ترى وقال شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله
ان نوى الظهار او لم يكن له نية فهو ظهار وان نوى الطلاق فهو طلاق ولم يتعرض لنية الايلاء
ايضا ولهذا لم يذكر فخر الاسلام البزدوي في شرحه للجامع الصغير نية الايلاء اصلا وكذا الامام
الاسبيجابي رحمه الله لم يذكرها في شرح الطحاوي وكذا شمس الائمة البيهقي لم يذكرها في الشامل
وقد صرح الولوالجي في فتاواه بخلاف ذلك حيث قال وقالا اذا نوى طلاقا كان طلاقا وان
نوى التحريم او الظهار او لم ينو شيئا كان ظهارا ولم يقل ان نوى بالتحريم كان ايلاء والى هذا اشار
صاحب المختلف ايضا لانه قال اذا قال لامرأته انت علي حرام كظهر امي ونوى الطلاق او
الظهار او التحريم المطلق فهو ظهار بالاتفاق لكن الصدر الشهيد رحمه الله ذكر في شرحه
للجامع الصغير كما في الهداية فقال وعندهما هو على ما نوى لوجود التصريح بلفظة الحرمة
وانها تحتمل ما نوى وكذلك ذكر الامام العتابي في شرحه للجامع الصغير حيث قال وعند
محمد ان نوى الطلاق فطلاق وان نوى اليمين يكون ايلاء ولا يكون ظهارا لان لفظ التحريم يحتمل
الطلاق ويحتمل اليمين ثم قال وعند ابي يوسف ان نوى يمينا يكون ايلاء لما قلنا ولا يكون
ظهارا والحاصل انه اذا نوى الطلاق يكون ظهارا عند ابي حنيفة وعندهما يكون طلاقا هـ
وروى اصحاب الاملاء عن ابي يوسف انه يكون طلاقا وظهارا لانه باعتبار التلفظ بلفظه
التحريم يكون طلاقا عند النية وباعتبار التصريح بالظهار يكون ظهارا ولا منافاة لانه اذا
طلق ثم ظاهر او ظاهر ثم طلق صح وجه الظاهر عنهما ان لفظ التحريم يحتمل الطلاق فاذا
نوى ذلك صح ويكون قوله كظهر امي لتاكيد تلك الحرمة ووجه قول ابي حنيفة رضي الله
عنه ان اللفظ اعني قوله كظهر امي صريح في الظهار ولفظ التحريم محتمل والمحتمل ابدا يرد
الى المحكم ولا يعمل نية شيء اخر كصريح الطلاق اذا نوى به شيئا اخر لا يعمل نيته فصار كانه
نص على الظهار ونوى به الطلاق ولم يذكر لفظ الحرام وما روى اصحاب الاملاء عن ابي يوسف
رحمه الله فقد ضعفه شمس الائمة السرخسي رحمه الله فان الطلاق ان وقع بقوله انت علي
حرام كان متكلما بلفظ الظهار بعدما بانت والظهار بعد البينونة لا يصح فان وقع الظهار مع
الطلاق فاللفظ الواحد لا يحتمل معنيين مختلفين وفيه نظر لانا لا نسلم ان اللفظ واحد لما قلنا
قوله وعند ابي يوسف رحمه الله يكونان جميعا اي يكون الظهار والطلاق جميعا لكن
هذا ليس بظاهر الرواية عن ابي يوسف وقد بيناه قوله وقد عرف في موضعه
اي في شرح الكافي قوله ثم هو محكم ويرد التحريم اليه اي قوله كظهر امي محكم في الظهار
ويرد التحريم المحتمل لغير الظهار الى المحكم كما هو الاصل يعني يراد بالتحريم الظهار قوله
ولا يكون الظهار الا من الزوجة وهذا لفظ القدوري في مختصره وهي من مسائل الجامع الصغير
المعادة وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في من ظاهر من امته قال لا يكون

مظاهرا

مظاهرا يعني لا تحرم عليه وطي الامة بالظهار وقال شمس الائمة السرخسي رحمه الله في شرح
الكافي ولا يكون الرجل مظاهرا من امته ولا من ام ولده ولا من مدبرته عندنا وقال مالك
رحمه الله يصح ظهاره منهن لحصول تشبيه المحللة بالمحرمة ولنا قوله تعالى والذين يظاهرون
من نسائهم والنساء اسم للمزوجات والمملوكة لا تسمى زوجة فلا يصح الظهار منها ولان الحل في
الامة تابع ليس بمقصود وانما المقصود ملك اليمين ولهذا اذا اشترى الامة المجوسية او
اخته الرضاعية صح فلما كان الحل تابعا في الامة لم تكن ملحقة بالزوجة لان الحل فيها مقصود
ولان الظهار كان طلاقا في الجاهلية فنقل حكم الطلاق الى تحريم موقت بالكفارة والامة
ليست بمحل للطلاق يؤيده ما روي عن ابن عباس رضي الله عنه انه قال من شاء باهلته عند
الحجر الاسود انه لا كفارة في الظهار عن الامة وكذا لو ظاهر من اجنبية كان باطلا لعدمه
معنى الظهار لانه تشبيه المحرمة فلم يكن منكرا من القول وزورا قوله فان تزوج امرأة
بغير امرها ثم ظاهر منها ثم اجازت النكاح فالظهار باطل اورد هذه المسئلة بسبيل التفريع
لما قبله لانه لما قال ولا يكون الظهار الا من الزوجة فرع هذه المسئلة عليه يعني لو ظاهر
من امرأة نكاحها موقوف لا يصح ظهاره لانها حين ظاهر منها الرجل لم تكن زوجته فلم يصح
ظهاره والظهار منكر من القول وزور وهذا الكلام يعني منكرا او زورا لانه صادق لا كاذب
حيث شبه المحرمة بالمحرمة فلا يكون ظهارا ولا يقال ينبغي ان يتوقف الظهار على اجازة المرأة
النكاح كما يتوقف النكاح لان الظهار يبنى على الملك والملك موقوف فينبغي ان يكون ما يبنى على الملك
ايضا موقوفا لانا نقول الظهار ليس من حقوق ملك النكاح فلا يلزم من توقف النكاح توقف
الظهار وذلك لان الظهار حرام محض لكونه منكرا من القول وزورا والنكاح امر مشروع فلم
يلزم من توقف المشروع توقف المحظور بخلاف ما اذا اعتق المشتري العبد المغصوب من
الغاصب ثم اجاز المغصوب منه الشرا نفذ العتق لان الشرا لما توقف على اجازة المغصوب
منه توقف العتق ايضا لان الاعتاق من حقوق الملك وهو امر مشروع فيلزم من توقف الملك
توقف الاعتاق وذلك لانه مبني على الملك فكان حكما من احكامه فتوقفا جميعا قوله ومن
قال لنسائه انتن علي كظهر امي كان مظاهرا منهن جميعا وهذه من مسائل القدوري اعلم ان الرجل
اذا ظاهر من اربع نسوة فعليه اربع كفارات نص عليه الحاكم الشهيد في الكافي وقال الشافعي
عليه كفارة واحدة اذا ظاهر منهن بكلمة واحدة هذا في قوله القديم كذا ذكر الشيخ ابو نصر
البغدادي وشمس الائمة السرخسي وذكر في المختلف ان عند مالك تجب عليه كفارة واحدة لانه
ايجاب واحد فلا يوجب اكثر من كفارة واحدة كما اذا قال والله لا اقربكن فوطئهن جميعا في مدة
الايلاء لا يلزمه الا كفارة واحدة ولنا ان الكفارة تجب بالظهار والعود جميعا وعوده الى
هذه المرأة غير العود في المرأة الاخرى فلما تعدد السبب الموجب تعدد المسبب كما اذا ظاهر
من كل واحدة ولان الظهار يوجب حرمة موقتة بالكفارة فاذا اضاف الظهار اليهن جميعا
وجب في حق كل واحدة منهن حرمة موقتة بالكفارة فتتعدد الكفارة حسب تعدد الحرمة
كما ان الطلقات الثلاث توجب حرمة موقتة بزوج اخر فاذا اضاف الطلقات الثلاث
اليهن جميعا يثبت في كل واحدة منهن حرمة موقتة ترتفع بزوج اخر فكذا هنا وهذا معنى
قوله كما اذا اضاف الطلاق بخلاف الايلاء فان الكفارة ثمة انما تجب لهتك حرمة اسم الله تعالى
ولم يتعدد ذكر الاسم بتعدد النساء فلم يجب الا كفارة واحدة ثم اعلم انه اذا ظاهر من امرأة واحدة

مرتين او ثلاثا في مجالس مختلفة فعليه لكل ظهار كفارة وكذلك ان ظاهر منها في مجلس واحد
ثلاث مرات فعليه لكل ظهار كفارة لان تكرار الظهار كتكرار اليمين فلما يتكرر الكفارة في اليمين
المتكررة يتكرر في الظهار المتكرر ايضا الا اذا نوى بالظهار الثاني والثالث الاول فحينئذ
يجب كفارة واحدة وهذا لان حكم الظهار امر بينه وبين الله تعالى فيصدق بخلاف الطلاق
فان قيل لما ثبت بالظهار الاول حرمة موقتة فكيف يتكرر الحرمة
بتكرار الظهار قلنا بالظهار الاول يثبت الحرمة الموقتة مع بقاء ملك الحل فصح الظهار الثاني
والثالث ولا منافاة في اجتماع اسباب الحرمة كالخمر في حرام على الصايم لعينه ولصومه وليمينه
اذا حلف لا يشربها قوله فتعدد بتعددها اي تتعدد الكفارة بتعدد الحرمة قوله
ولم يتعدد ذكر الاسم اراد به قوله والله وانما لم يتعدد لانه قاله مرة واحدة فصل
في الكفارة لما كانت الحرمة في باب الظهار حرمة موقتة الى وجود المنهي وهو الكفارة شرع في
هذا الفصل لبيان ذلك قوله قال وكفارة الظهار عتق رقبة فان لم يجد فصيام شهرين
متتابعين فان لم يستطع فاطعام ستين مسكينا اي قال القدوري في مختصره اعلم ان كفارة
الظهار مشروعة على الترتيب دون التخيير لان الله تعالى ذكرها بحرف الفاء وهي للترتيب
الاعتاق عند القدرة عليه ثم صيام شهرين متتابعين عند العجز عن الاعتاق ثم اطعام ستين
مسكينا عند العجز عن الصوم والاصل فيه قوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم ثم
يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا ذلكم توعظون به والله بما تعملون
خبير فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل ان يتماسا فمن لم يستطع فاطعام ستين
مسكينا والمراد من عتق الرقبة اعتاق الرقبة لانه اذا ورث اباه فنوى به الكفارة لم
يجزه وقد نص عليه الحاكم الشهيد رحمه الله في الكافي وذلك لان الميراث يدخل في ملكه بلا
صنع منه فيعتق عليه بلا صنع منه ايضا والكفارة شرط فيها التحرير وهو صنع منه ولم
يوجد قوله قال كل ذلك قبل المسيس اي قال القدوري في مختصره يجب ان الكفارة
يشترط ان تقع قبل الوطي سوا كانت بالاعتاق او الصيام او الاطعام اما في الاعتاق والصيام
فظاهر لان الله تعالى قال فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا وقال تعالى فمن لم يجد فصيام
شهرين متتابعين من قبل ان يتماسا واما في الاطعام وان لم يشترط فيه التقدم على المسيس
ففيه وجهان احدهما ان الكفارة في باب الظهار شرعت منهية للحرمة الثابتة بالظهار
والعود جميعا فلو حل الوطي قبل الكفارة بالاطعام لم يكن المنهي منهيا لان الحل حينئذ
يحصل قبل وجود المنهي وهو فاسد والثاني انه يمكن ان يقدر على الاعتاق او الصيام في
خلال الاطعام فحينئذ يعود الحكم الى الاصل لان القدرة على الاصل قبل حصول
المقصود بالخلف يبطل حكم الخلف فلو قلنا بجواز الوطي قبل الاطعام ربما يقع الوطي قبل
الاعتاق او الصيام بان قدر على ذلك وهو خلاف النص فلا يجوز فلم يجز الوطي قبل الاطعام
اصلا احتياطا لان الباب باب الحرمة يؤيده قوله عليه السلام استغفر الله ولا تعد حتى
تكفر بيانه ان النبي صلى الله عليه وسلم امر الواطي بالاستغفار وذلك يقتضي سابقة الذنب
وهو لا يكون الا بارتكاب الحرام فعلم ان الوطي حرام قبل الكفارة مطلقا ونهى ايضا
عن العود الى الوطي الى غاية التكفير مطلقا ولم يقيد بكفارة دون كفارة فعلم ان
الوطي حرام قبل الاطعام ايضا ثم ان وطيها قبل ان يكفر فلا شي بالوطي الا الاستغفار

وقد مر بيان ذلك قبل هذا الفصل قوله قال ويجزي في العتق الرقبة الكافرة والمسلمة
والذكر والانثى والصغير والكبير اي قال القدوري في مختصره وذلك لقوله تعالى فتحرير
رقبة من قبل ان يتماسا بيانه ان اسم الرقبة مطلق وليس فيه تقييد بصفة دون صفة فيجوز
الكل ولا خلاف في هذا المجموع الا في الرقبة الكافرة فانها تجزي عندنا عن كفارة الظهار
والافطار واليمين خلافا للشافعي رحمه الله فانها لا تجزي عنده وعلى هذا الخلاف اذا نذر ان
يعتق رقبة فاعتق رقبة كافرة كذا ذكر الامام علاء الدين العالم في طريقة الخلاف وقول
احد كقول الشافعي لنا ان المنصوص في الاية اسم الرقبة وهو مطلق لان المطلق عبارة
عن التعرض للذات دون الصفات وهو كذلك لانه ليس فيه ما ينبي عن الايمان والكفر بل
الرقبة اسم للمملوك كذا قاله الجوهري في الصحاح فلا يجوز تقييده بالايمان بخبر الواحد
لانه زيادة على النص وهي نسخ فلا يجوز نسخ الكتاب به ولا يجوز تقييده بالقياس على كفارة
القتل ايضا لانه قياس المنصوص على المنصوص فلا يجوز ذلك لما لزم اعتقاد النقص
فيما تولى الله بيانه فان قيل جا في حديث ابي هريرة رضي الله عنه
ان رجلا جا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم برقبة سودا وقال علي عتق رقبة افتجزي
هذه فامتحنها رسول الله بالايمان فوجدها مومنة فقال اعتقها فانها مومنة فتعليل رسول
الله بالايمان يدل على اشتراط الايمان في الكفارة قلنا
الصحيح من الرواية في السنن عن ابي هريرة رضي الله عنه ان رجلا اتى النبي صلى الله عليه وسلم
بجارية سودا فقال يا رسول الله ان علي رقبة مومنة فقال لها اين الله فاشارت الى السما
باصبعها فقال فمن انا فاشارت الى النبي صلى الله عليه وسلم والى السما يعني انت رسول الله
قال عليه السلام اعتقها فانها مومنة بيانه ان الرجل قال ان علي رقبة مومنة فاشترط
النبي صلى الله عليه وسلم الايمان لذلك وليس كلامنا فيه لان كلامنا في الرقبة المطلقة ولان
العلما طعنوا في الحديث لان النبي صلى الله عليه وسلم قال اين الله فاشارت الى السما ولا يعتقد له
برسول الله انه يطلب من احد ان يثبت لله تعالى جهة ولا مكانا ولين صح الحديث فهو
محمول على كفارة القتل بدلالة قوله ان علي رقبة مومنة فان قيل
الكفارات كلها جنس واحد وفي بعضها ورد التحرير برقبة مطلقة عن قيد الايمان كما في
كفارة الظهار واليمين وفي بعضها ورد برقبة مقيدة بالايمان كما في كفارة القتل فيحمل المطلق
على المقيد اذا وردا في حادثة واحدة كما حمل قوله عليه السلام في خمس من الابل شاة
على تقييد قوله عليه السلام في خمس من الابل السايمة شاة حتى شرطت الاسامة وكذا
اطلق تعالى الشهادة عن قيد العدالة في موضع وقيدها في موضع اخر ثم حمل المطلق على
المقيد بالاجماع قلنا لا نسلم ان المطلق يحمل على المقيد
عندنا بل لا يحمل ذلك عليه ابدا الا اذا تعذر الجمع بينهما بان وردا في حكم واحد فحينئذ
يحمل للضرورة ولم يعكس لان في المقيد كثرة ثواب لعسره وهنا فيما نحن فيه يمكن الجمع
بينهما فلا يحمل احدهما على الاخر واشتراط الاسامة في باب الزكاة ليس من اجل حمل المطلق
على المقيد بل لقوله عليه السلام ليس على العوامل شي وكذا اشتراط العدالة ليس من
باب حمل المطلق بل هو لقوله تعالى ان جاكم فاسق بنبا فتبينوا اي توقفوا وامتناع
جواز العميا والشلا لا يرد علينا لانها هالكة من وجه فلا تكون رقبة مطلقة فلا يتناولها

النص فان قيل الكفارة حق الله تعالى فلا يجوز صرفها الى عدو الله تعالى وهو الكافر كالزكاة لا يجوز صرفها الى الكافر بيانه ان المامور به تحرير هو حسنة من كل وجه وهذا التكفير سيئة من وجه لكونه اعانة على المعصية لانه يتفرغ بعد العتق لعبادة الاوثان وارتكاب المعاصي قلنا المامور به تحرير رقبة مطلقة وقد اتى بها فجاز بخلاف صرف الزكاة الى الكافر حيث لم يجز لان الشرع اخرجه من ان يكون محلا للزكاة بقوله عليه السلام خذها من اغنيائهم وردها الى فقرائهم ولا نسلم ان تحرير الكافر سيئة من وجه بل هو حسنة من كل وجه لانه تخليص العبد من الرق وفيه تمكينه من الطاعات واقامة الفرائض والغالب انه يفعل ذلك لان مولاه احسن اليه وجزاء الاحسان احسان وان لم يفعل العبد ذلك فهو من سوء اختياره فلا يضاف ذلك الى مولاه وقولهم انه اعانة على المعصية فلا نسلم ذلك لان المسلم لا يفعلها ولا يقصدها وان قالوا يحصل ذلك في ضمن الاعتاق قلنا ضمنيات الشيء لا تعلل وايضا لا يلزم من تمكين الفعل وجود الفعل بل وجوده بفعل اختياري من العبد فلا يضاف المعصية الى المولى وباقي البحث في حمل المطلق والمقيد يعرف في كتابنا الموسوم بالتبيين قوله فلا يجوز صرفها اي صرف الكفارة وفي بعض النسخ صرفه اي صرف حق الله تعالى قوله وقد تحقق اي تحقق اعتاق الرقبة قوله التمكن من الطاعة اي القدرة على الطاعة قوله ثم مقارنته المعصية يحال به الى سوء اختياره اي كسب العبد المعصية يضاف به الى سوء اختيار العبد وذكر الضمير الراجع من به الى المقارنة على تاويل الاقتران او الكسب لان المقارنة بمعنى الاقتران وهو كسب السيئة قوله ولا يجزي العمياء ولا المقطوعة اليدين او الرجلين وهذه من مسائل القدوري والمراد من العمياء الرقبة العمياء وهي تشمل الذكور والاناث جميعا لا الامة العمياء لان عدم الجواز لا باعتبار الانوثة بل باعتبار فوات جنس المنفعة فانه ثابت في هذه الصور البصر في العمياء والبطش في المقطوعة اليدين والمشي في المقطوعة الرجلين فلم يجز عن الكفارة كالميت بخلاف ما اذا اختل جنس المنفعة كما كالعوراء وكمقطوعة احدى اليدين مع احدى الرجلين من خلاف حيث يجوز ذلك لبقاء جنس المنفعة لان منفعة البطش والمشي قائمة بخلاف ما اذا قطعتا من جانب واحد حيث لا يجوز لفوات جنس المنفعة لتعذر المشي قال الحاكم الجليل الشهيد رحمه الله في الكافي ولا يجزي الاعمى والمقعد ولا مقطوع اليدين ولا الرجلين ولا اشلهما ولا الاخرس ولا المعتوه المغلوب ويجزي الاصم والخصي والمقطوع الاذنين والمقطوع المذاكير لان منفعة النسل زائدة على ما يطلب من المماليك ويجزي الذي يجن ويفيق والاقطع احدى اليدين واحدى الرجلين اذا لم يكونا من جانب واحد فان كان القطع من جانب واحد لم يجز وكذلك ان كان من كل يد ثلاث اصابع مقطوعة معا لم يجز وان كان من كل يد اصبع سوى الابهام اجزا ولا يجزي المفلوج اليابس الشق قوله ويجوز الاصم وهذه من مسائل القدوري قال شمس الائمة السرخسي رحمه الله في المبسوط وفي القياس لا يجزي وهو رواية النوادر لفوات جنس المنفعة وهو السمع وجه ظاهر الرواية وهو جواب الاستحسان ان الاصم اذا صيح في اذنه بسبيل المبالغة يسمع فلم يكن جنس المنفعة فائتا ورواية النوادر محمولة على الصمم الاصلي وقال في الشامل

ويجزي

ويجزي الاصم ثم قال قالوا لان الصمم لا يوثر في الكسب تاثيرا فاحشا ثم قال وقيل الصمم الاصلي الخلقي يمنع التكفير وقال في الفتاوى الولوالجي ويجوز الاصم عن كفارة الظهار اذا كان يسمع شيئا وان كان لا يسمع شيئا لا يجوز هو المختار لانه في الوجه الاول بمنزلة العور في حق عدم فوات جنس المنفعة وفي الوجه الثاني بمنزلة العمى في حق فوات جنس المنفعة ثم قال هكذا ذكره بعض المشايخ قوله وهو الاخرس اي الذي ولد اصم هو الاخرس وهو الذي لا يتكلم لآفة في لسانه قوله ولا يجوز مقطوع ابهامي اليدين هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان البطش يحصل بالابهام فاذا فات الابهامان جميعا يفوت البطش فلا يجوز عن الكفارة لفوات جنس المنفعة قال في الاجناس يجوز مقطوع الانف ومقطوع الشفتين اذا كان يقدر على الاكل ولا يجوز ساقط الاسنان كلها ويجوز ذاهب الحاجبين وشعر اللحية والراس ونقله عن نوادر ابن شجاع وقال في شرح الطحاوي يجوز الاعشى والعنين والخنثى والامة الرتقاء والتي بها قرن يمنع الجماع قوله ولا يجوز المجنون الذي لا يعقل وهذه ايضا من مسائل القدوري وانما لم يجز ذلك لان جنس منفعة العقل معدومة فصار كالميت بخلاف الذي يجن ويفيق فانه يجوز عن الكفارة لان جنس المنفعة لم يفت لان العقل يستتر تارة ويظهر اخرى غاية ما في الباب انه اختل وذلك لا يمنع قوله ولا يجزي عتق المدبر وام الولد وهي مسئلة القدوري وذلك لان المامور به تحرير رقبة مطلقا وتحريرهما ليس بتحرير مطلق لاستحقاقهما العتق بالتدبير والاستيلاد فلم يجزيا عن الكفارة ولانهما لما استحقا العتق بالتدبير والاستيلاد ولهذا لا يجوز بيعهما لم يكن اعتاقهما انشاء العتق من كل وجه فلم يجز عن الكفارة وكذا المكاتب الذي ادى بعض المال لا يجوز عن الكفارة في ظاهر الرواية لانه اعتاق بعوض والعوض يبطل معنى القربة بخلاف ما اذا لم يؤد شيئا وقال شمس الائمة السرخسي في مبسوطه وروى الحسن عن ابي حنيفة رضي الله عنه انه يجوز لان رقه لم ينتقص بما ادى من البدل ولهذا احتمل عقد الكتابة الفسخ بعد استيفاء بعض البدل كما احتمل قبله قوله فان اعتق مكاتبا لم يؤد شيئا جاز وهذه من مسائل القدوري قال في المبسوط اذا اعتق المكاتب قبل ان يؤدي شيئا جاز عن الكفارة استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله وجه قول زفر ان استحقاق العتق بالكتابة فوق الاستحقاق بالتدبير والاستيلاد بدليل ان المكاتب احق باكسابه واولاده دون المدبر وام الولد ثم التدبير والاستيلاد يمنعان العتق عن الكفارة فالكتابة اولى ولانه اعتاق ضرورة ابراء عن بدل الكتابة معنى ولهذا يسلم له الاكساب والاولاد فلو كانت الكتابة منفسخة لم تسلم فلا يجزي عن الكفارة لانه اعتاق بجهة الكتابة ولنا ان المامور به في الاية تحرير رقبة والتحرير عبارة عن تصيير الشخص المرقوق حرا والرقبة اسم للذات المرقوق والرق كامل في المكاتب فيجزي تحريره عن الكفارة لحصول الامتثال بالامر بيانه ان عقد الكتابة لا يتمكن به نقصان في الرق الا ترى الى ما روي في السنن مسندا الى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم قال المكاتب عبد ما بقي عليه من مكاتبته درهم فعلم ان الرق فيه كامل قبل اداء بدل الكتابة فيدخل تحت مطلق اسم الرقبة والواجب عليه ذلك فيجزي عن الكفارة ولان حكم العتق متعلق بشرط اداء بدل الكتابة والتعليق بسائر الشروط لا يمنع صحة التكفير قبل وجود الشرط فهذا الشرط اولى لانه قابل للفسخ وسائر الشروط لا يقبل الفسخ ولهذا لو اتفقا

او عجز المكاتب نفسه تنفسخ الكتابة ولو انتقض الرق بالكتابة لم تنفسخ ولم يعد المكاتب الى
الحالة الاولى لان الثابت بالكتابة انفكاك الحجر عن العبد في حق المكاسب كالاذن في التجارة ثم
المأذون يجزي اعتاقه عن الكفارة لعدم تمكن النقصان في رقه فكذا المكاتب لهذا المعنى الا ان
المولى يستبد بعزل المأذون ولا يستبد بفسخ الكتابة لان عقد الكتابة بعوض فكان لازما في حق المولى
وذاك بغير عوض فلم يكن لازما فان قيل اذا لم يكن المولى مستبدا
بفسخ الكتابة وهنا لم يوجد الرضا من المكاتب بالفسخ لم يجز اعتاقه عن الكفارة لان العتق بجهة الكتابة
لا يتأدى به الكفارة قلنا لا نسلم انه لم يوجد منه الرضا فمن ادعى ذلك
فعليه البيان بل انا نقول اذا كان المكاتب راضيا بعتقه ببدل فاولى ان يكون راضيا بعتقه
بغير بدل لان غرضه حصول العتق فان قيل الرضا بالعتق بالبدل
لا يدل على الرضا بغير البدل لان في الاول يسلم له الاكساب والاولاد وفي الثاني لا
قلنا فيما نحن فيه يسلم له الاكساب والاولاد ايضا لان فسخ الكتابة
ثبت ضرورة مقتضى صحة التكفير والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة فلم يظهر اثر
الفسخ في حق الاكساب والاولاد فبطل الفرق بين اعتاقه ببدل وغير بدل ولان العتق في حق
المكاتب بجهة الكتابة لانه ما رضي الا ان يكون اكسابه واولاده له خاصة وفي حق المولى بجهة
التكفير لانه قصد ذلك قوله فاشبه المدبر هذا الزام من الشافعي على اصحابنا على ما اجابوا
يعني ان المدبر لا يجوز اعتاقه عن الكفارة عندكم لانكم قلتم انه مستحق العتق بجهة فينبغي
ان لا يجوز اعتاق المكاتب ايضا لانه مستحق العتق بجهة وهو باطل لانه ينفسخ وذاك لا
قوله على ما بينا اشارة الى قوله ولهذا تقبل الكتابة الانفساخ قوله والكتابة لا
تنافيه الضمير راجع الى الرق يعني لا يلزم من وجود الكتابة ارتفاع الرق لعدم المنافاة فيكون
الرق قائما فيكون اعتاق المكاتب تحريرا مبتدأ لا اعتاقا بجهة الكتابة فيجزي عن الكفارة قوله
فانه فك الحجر اي ان عقد الكتابة فك الحجر عن العبد في حق المكاسب كالاذن وهو تعليل لعدم
المنافاة بين الكتابة والرق فاعرفه قوله ولو كان مانعا ينفسخ مقتضى الاعتاق اي لو
كان عقد الكتابة مانعا وقوع الاعتاق عن الكفارة لان العتق بجهة الكتابة لا يتأدى به
الكفارة ينفسخ عقد الكتابة ضرورة صحة الاعتاق بطريق الاقتضاء لان اعتاق المكاتب
صحيح بالاتفاق ولا يصح اعتاقه مع بقاء الكتابة فلا بد من انفساخ الكتابة لضرورة صحة
الاعتاق فيقع التحرير مجزيا عن الكفارة لارتفاع المانع وهو وجود الكتابة قوله
اذ هو محتمله تعليل لقوله ينفسخ اي عقد الكتابة يحتمل الفسخ قوله وان اشترى
اباه او ابنه ينوي بالشراء الكفارة جاز عنها وهذه من مسائل القدوري قال شمس الائمة
السرخسي رحمه الله في شرح الكافي اجزاه استحسانا في قول علمائنا الثلاثة وفي القياس لا يجزي
وهو قول ابي حنيفة الاول وزفر والشافعي رحمهم الله وكذلك ان وهب له او اوصي له
به كذا ذكر الحاكم في الكافي وقال في شرح الطحاوي ولو دخل في ملكه بصنعه ان نوى عن
كفارته وقت وجود الصنع يجزيه عن كفارته عندنا وعند الشافعي لا يجزيه عن كفارته
ولو قال ان دخلت الدار فانت حر يعتق ولا يجوز اذا نوى عن كفارته وقت دخول
الدار الا اذا نوى عن كفارته وقت اليمين فحينئذ يجوز وجه القياس ان عتقه مستحق
بسبب سابق وهو القرابة فلا يجزي عن الكفارة كما اذا اشترى المحلوف بعتقه ناويا عن

الكفارة

عن الكفارة ولنا ان المأمور به في الآية هو التحرير وقد حصل فيجزي عن الكفارة وهذا لان شرا
القريب اعتاق لقوله عليه السلام لن يجزي ولد والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه اي
بالشرى كقولهم اطعمه فاشبعه والباقي يعلم في كتاب الايمان ان شاء الله تعالى قوله والمسئلة
تأتيك في كتاب الايمان اي في باب اليمين في العتق والطلاق قوله فان اعتق نصف عبد
مشترك وهو موسر فضمن قيمة باقيه فاعتقه لم يجزه عند ابي حنيفة رضي الله عنه ويجوز له
عندهما وهذه من مسائل القدوري وانما قيد بكونه موسرا لانه اذا كان معسرا يجب عليه
السعاية فلا يجزي عن الكفارة عندهما ايضا لانه اعتاق بعوض والمسئلة مبنية على ان
الاعتاق يتجزى عند ابي حنيفة رضي الله عنه خلافا لصاحبيه رحمهما الله لهما ان الاعتاق
لما لم يكن متجزيا عندهما كان الشريك المعتق للنصف معتقا للجميع وضمن النصف لشريكه
فجاز عن الكفارة لانه حصل اعتاق رقبة كاملة بخلاف ما اذا كان المعتق معسرا حيث
لا يجزيه بالاتفاق لانه اعتاق بعوض لوجوب السعاية على العبد ولابي حنيفة رضي الله
عنه ان الاعتاق لما كان متجزيا دخل النقصان في نصيب الشريك لاستحقاق الحرية ولتعذر
التصرف فيه بالتمليك والاستخدام ثم اذا ملكه بالضمان فاعتقه لم يجزه عن الكفارة لانه اعتق
رقبة ناقصة لان النقصان حين وقع لم يكن في ملكه فلم يكن مضافا الى عتقه عن الكفارة لانه لا
يمكنه اعتاق ملك الغير عن كفارة نفسه قوله على ملكه اي على ملك صاحبه وقال الشافعي رحمه
الله اذا اعتق نصيبه فنوى عند الايقاع ان يكون العتق الموقع وما يسري اليه عن كفارته
اجزاه اما حال اليسار فلان العتق لا يتجزى عنده فيكون معتقا للجميع واما حال الاعسار فلانه
لا ينتقص نصيب شريكه لانه يجوز تصرفه فيه بالبيع فاذا ملكه المعتق فاعتقه جاز وجوابه
انه اذا جاز تصرفه بالبيع يلزم الجمع بين النقيضين وهو فاسد لانه يلزم حينئذ ان يكون
العبد ببعضه صالحا للولاية وببعضه لا قوله وان اعتق نصف عبده عن كفارته ثم
اعتق باقيه عنها جاز وهذه من مسائل القدوري وهذا الذي ذكره استحسان والقياس ان لا
يجزيه عند ابي حنيفة رضي الله عنه كما في العبد المشترك لوجود النقصان في النصف الاخر
وجه الاستحسان ان النقصان الواقع في النصف الاخر حصل في ملكه فكان مضافا الى عتقه
عن الكفارة فانصرف اليها ثم اذا كمل الاعتاق باعتاق النصف الاخر جاز عن الكفارة فصار كانه
اعتق في المرة الاولى نصفا وشيئا ثم في المرة الثانية اعتق ما بقي ونظير هذا الاستحسان من اضجع
اضحيته ليذبحها فاصاب السكين عينها لا يمنع جواز التضحية لان النقصان حصل من فعل التضحية
كما حصل هنا من فعل الكفارة بخلاف النقصان في العبد المشترك لانه وقع في ملك الشريك قوله
وان اعتق نصف عبده عن كفارته ثم جامع التي ظاهر منها ثم اعتق باقيه لم يجز عند ابي
حنيفة رضي الله عنه وهذه من مسائل القدوري وذلك لان الاعتاق عنده يتجزى فاذا
جامعها قبل اعتاق النصف ثم اعتق ذلك النصف لا يكون اعتاق الرقبة قبل المسيس
فلا يجزي عن الكفارة لان الله تعالى شرط في الاعتاق ان يكون قبل المسيس قال تعالى فتحرير
رقبة من قبل ان يتماسا وعندهما يجزي ذلك لان الاعتاق عندهما لا يتجزى فكان اعتاق
النصف اعتاق الجميع فوقع الاعتاق قبل المسيس لا محالة فان قيل
لما كان الشرط في الاعتاق ان يقع قبل المسيس ينبغي ان لا يصح اعتاق رقبة اخرى بعد هذا
المسيس قلنا دل قوله تعالى فتحرير رقبة من قبل ان

بناسا على تقديم الاعتاق و الاخلا عن المسيس لان في التقديم الخلو لا محالة فالمكفر بعد ذلك
المسيس وان كان عاجزا عن تقديم الاعتاق قادر على الاخلا عن المسيس باستيناف اعتاق
رقبة اخرى فكلف بما قدر عليه فجاز عن الكفارة نظيره اذا جامعها في خلال الشهرين فوجب
عليه استيناف الصوم **قوله** واذا لم يجد المظاهر ما يعتق فكفارته صوم شهرين متتابعين
ليس فيهما شهر رمضان ولا يوم الفطر ولا يوم النحر ولا ايام التشريق وهذه مسئلة القدوري
ايضا اما شرط التتابع فلقوله تعالى فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل ان يتماسا واما
عدم اجزا صوم رمضان عن الكفارة فلان الصوم الواقع فيه وقع عن فرض رمضان فلا
يقع عن فرض اخر الا اذا كان مسافرا فصام شعبان و رمضان بنية الكفارة اجزاه عند ابي حنيفة
رضي الله عنه خلافا لهما لما عرف فان قلت كيف جاز صوم رمضان
عنه وعن صوم الاعتكاف اذا نذر ان يعتكف فيه فصامه معتكفا قلت
الصوم في باب الاعتكاف شرط الاعتكاف فيشترط وجود الشرط كيف كان لا قصدا بخلاف
الصوم في الكفارة فانه فرض مقصود يعتبر وجوده قصدا واما الايام المذكورة فصومها
ناقص لورود النهي عن صومها والواجب بالكفارة صوم كامل فلا يخرج عن عهدته بالناقص
قال الامام الاسبيجابي رحمه الله في شرح الطحاوي ولو افطر يوما لعذر من مرض او سفر فانه
يستقبل الصيام وكذلك لو جا يوم الفطر او يوم النحر او ايام التشريق فانه يستقبل الصوم
ولو صام هذه الايام ولم يفطر فكذلك ايضا يستقبل ولو كانت امراة فصامت كفارة الافطار
في شهر رمضان او كفارة القتل فحاضت في خلال ذلك فانها لا تستقبل الصيام ولكن تصوم
بعد الحيض لانها معذورة لا تجد شهرين متتابعين لا حيض فيهما ولو نفست استقبلت ولو
افطرت يوما بعد الحيض فانها تستقبل الصيام ولو كانت تصوم عن كفارة يمينها فحاضت
في خلال ذلك فانها تستقبل لانها تجد صيام ثلاثة ايام لا حيض فيها **قوله** فان جامع التي
ظاهر منها في خلال الشهرين ليلا عامدا او نهارا ناسيا استانف الصوم عند ابي حنيفة ومحمد
رضي الله عنهما وقال ابو يوسف لا يستانف وهذه من مسايل القدوري اعلم انه انما قيد بجماع
التي ظاهر منها لانه اذا جامع غير التي ظاهر منها فان كان وطيا يفسد الصوم يقطع التتابع
ويلزمه الاستيناف بالاتفاق وان لم يفسد الصوم بان وقع بالنهار ناسيا او بالليل كيف
كان لا يلزمه الاستيناف بالاتفاق وانما قيده في جماع التي ظاهر منها بالنهار ناسيا لانه اذا جامع
بالنهار عامدا استانف بالاتفاق وذكر العمد في الليل اتفاقي لان العمد والنسيان في الوطي
بالليل سوا فعرفت ان الاختلاف في وطي لا يفسد الصوم وذكر في شرح الاقطع قول
الشافعي مثل قول ابي يوسف وجه قول ابي يوسف انه وطي لا يفسد به الصوم فلا
ينقطع به التتابع فصار كوطي غيرها وتقديم الصوم على الوطي وان كان شرطا بالنص
يلزم علينا قلتم نا خير الكل عن الوطي اعني في الاستيناف وفيما قلنا بعض الصيام متقدم
على الوطي فكان اولى ولهما قوله تعالى فصيام شهرين متتابعين من قبل ان يتماسا
بيانه ان الاية اقتضت صوم شهرين متتابعين لا مسيس فيهما مطلقا سوا كان عامدا
او ناسيا ثم اذا وجد الجماع في خلالهما فات الصوم المامور به فلم يجز عن الكفارة وشرط
تقديم الصوم متقدما وهو فاسد وهو بعد الوطي في خلال الشهرين وان لم يكن قادرا
على تقديم الصوم على الوطي قادر على اخلائه عن الوطي فكلف بالاخلاء وفيما قال ابو

يوسف رحمه الله يلزم ترك التقديم والاخلا جميعا فكان ما قلناه اولى وقياسه على وطي غيرها ضعيف
لانه تعالى قيد تماس المظاهر التي ظاهر منها لا تماس غيرها قال تعالى من قبل ان يتماسا فاعرفه قال
في شرح الطحاوي ولو صام شهرين متتابعين ثم قدر على الاعتاق قبل غروب الشمس من اخر يوم منه
وجب عليه العتق ويكون صومه تطوعا لان الله تعالى قال فمن لم يجد وهو واجد **قوله** لا يفسد
به الصوم اي بالجماع ليلا عامدا او نهارا ناسيا **قوله** وهو التتابع الضمير راجع الى التتابع **قوله**
وفيما قلتم اي في الاستيناف عنه اي عن المسيس **قوله** وهذا الشرط ينعدم به اي شرط
الخلو ينعدم بالمسيس في خلال الشهرين **قوله** وان افطر منها يوما بعذر او بغير عذر استانف
وهذا لفظ القدوري في مختصره وقال الشافعي في احد قوليه لا يستانف كذا في شرح الاقطع وهو
مذهب مالك في الموطا لانه قال اذا صح من مرضه وقوي على الصيام يبني على ما مضى وجه قولهما انه
افطر بما لا ينسب فيه الى التفريط فصار كالافطار بالحيض ولنا انه بالافطار كيف كان قد قطع
التتابع وهو شرط بالنص فيستانف بخلاف الافطار بالحيض لانها لا تقدر على صوم شهرين ليس
فيهما حيض فلو اشترط التتابع لزم الحرج وهو منتف بالنص ولهذا يقطع الحيض التتابع في
كفارة اليمين لانه لا يلزم الحرج لانها تقدر على صوم ثلاثة ايام ليس فيها حيض بخلاف كفارة
الافطار وكفارة القتل فافهم **قوله** وان ظاهر العبد لم يجزه في الكفارة الا الصوم وهذه من
مسايل القدوري وذلك لان الاعتاق والصدقة لا يصحان الا بعد الملك ولا يملك العبد وان ملك
لوجود التنافي بين الرق والملك فتعين كفارته بالصيام كالفقير قال وان اعتق المولى واطعم
عنه لم يجزه وذلك لما قلنا من التنافي وهذا بخلاف الفقير اذا قال لغيره اطعم عني في الكفارة او
اعتق عني فانه يجوز لان الفقير اهل للتملك فيصير الفقير الاخذ قابضا للمكفر فاما مقامه ثم
لنفسه والعبد ليس باهل للتملك فافترقا **قوله** فلا يصير مالكا بتمليكه اي لا يصير العبد مالكا
بتمليك المولى والضمير في بتمليكه راجع الى المولى على تقدير حذف المفعول وهو العبد وراجع
الى العبد على تقدير حذف الفاعل وهو المولى **قوله** واذا لم يستطع المظاهر الصيام اطعم
ستين مسكينا وهذه مسئلة القدوري قال يطعم كل مسكين نصف صاع من بر او صاعا من تمر او
شعير او قيمة ذلك اعلم ان وجوب الاطعام اذا عجز عن الصيام لقوله تعالى فمن لم يستطع فاطعام
ستين مسكينا ثم اعلم ان الاطعام يجوز بطريق التمليك والاباحة جميعا اما التمليك فهو ان
يعطي ستين مسكينا كل مسكين نصف صاع من حنطة او دقيقها او سويقها او صاعا من تمر او
صاعا من شعير او دقيقه او سويقه او نصف صاع من زبيب عند ابي حنيفة رضي الله عنه
وعندهما رحمهما الله صاع من زبيب وهي احدى الروايتين عن ابي حنيفة كذا في شرح الطحاوي
وعند الشافعي لكل مسكين مد من بر لحديث الاعرابي في كفارة الفطر كذا في المبسوط لنا ما روى
الشيخ ابو الحسن الكرخي رحمه الله في جامعه في قصة خولة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال
فليطعم وسقا من تمر ستين مسكينا والحديث مسند في سنن ابي داود بطوله واذا ثبت مقدار
ما يعطى كل مسكين في كفارة الظهار انه صاع من تمر كان في البر نصف صاع لان كل من اوجب
التمر صاعا اوجب من البر نصف و الشعير مثل التمر لان احدا لم يفرق بينهما كذا قال ابو
بكر الرازي في شرحه ولانها صدقة مقدرة من الطعام فيعتبر بصدقة الفطر ولان المقصود
دفع حاجة اليوم عن كل مسكين فاعتبر بصدقة الفطر ولا يتادى ذلك بالمد ولان ما لا
يتقدر به الفطرة يتقدر به طعام المسكين في الكفارة اصله ما دون المد ولا يتغاير ينبغي ان لا

يتقدر بالصاع اي عند الحنطة كما في الحنطة والجامع كونه طعاما يجوز اخراجه في الكفارة لانا
نقول هذا تعليل في مقابلة النص فلا يصح لان النص ورد في التمر بان كل مسكين يعطى منه
صاعا لان الوسق ستون صاعا واما الشعير فلان المقصود دفع الحاجة وكفاية الفقير ولا
يتساوي الحنطة والشعير في الكفاية فلم تجز التسوية بينهما واما الاباحة فهو ان يطعم ستين مسكينا
من يستوفي الطعام اكلتين مشبعتين وفيه خلاف الشافعي ويجي بيانه بعد هذا واما جواز
القيمة فذاك مذهبنا خلافا للشافعي لنا ان المقصود سد خلة المحتاج فذلك حاصل في القيمة كما في
العين وقد مر بيانه في الزكاة في فصل الحملان والفصلان **قوله** وسهل بن صخر فيه نظر لان
المذكور في كتب الحديث سلمة بن صخر كالسنن والجامع الترمذي وكذلك اثبت في المبسوط ايضا
قال ابو عيسى الترمذي في جامعه يقال سليمان بن صخر ويقال سلمة بن صخر البياضي **قوله**
في حديث اوس بن الصامت هو اخو عبادة بن الصامت واوس زوج خويلة بنت ثعلبة وهي
المجادلة وفيها نزلت اية الظهار كذا قال ابن شاهين في المعجم ثم قال ابن شاهين حدثنا عبد الله
بن سليمان قال حدثنا محمد بن عثمان العجلي وحدثنا عبد الرحمن بن هارون الانباري قال حدثنا
اسحاق بن خالد البالسي قالا حدثنا عبد الله بن يحيى بن موهب عن ابن حمزة الثمالي عن عكرمة عن ابن عباس
قال كان الرجل اذا قال لامراته في الجاهلية انت علي كظهر امي حرمت عليه فكان اول من ظاهر
في الاسلام اوس وكانت تحته ابنة عم له يقال لها خويلة يعني بنت ثعلبة فظاهر منها فسقط
في يديه وقال ما اراك الا قد حرمت وقالت له مثل ذلك قال فانطلقي الى رسول الله فاساليه
فاتت النبي صلى الله عليه وسلم فوجدت عنده ماشطة تمشط راسه فاخبرته فقال يا خويلة
ما امرك بشي فانزل الله تعالى على النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا خويلة ابشري قالت خير
قال خير فقراها قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها الى قوله فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا قالت
اي رقبة لنا والله ما يخدمه غيري قال فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين قال والله لولا انه
يشرب في اليوم ثلاث مرات لذهب بصره قال فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا قال من اين
ما هي الا اكلة الى مثلها فدعا النبي صلى الله عليه وسلم بشطر وسق ثلاثين صاعا والوسق ستون
صاعا فقال ليطعم ستين مسكينا وليراجعك **قوله** فان اعطى ستين مسكينا بر وستين من تمر او
شعير جاز وهذه لم تذكر في الجامع الصغير والقدوري وهي من مسايل الاصل ذكرها صاحب
الهداية بسبيل التفريع ولفظ المبسوط ولو اعطى كل مسكين مدا من بر ومدين من شعير او تمر
اجزاه وذاك لان كل واحد من الصنفين اصل فيجوز النصف من كل واحد منهما لان المقصود
وهو سد خلة المحتاج في يومه يحصل بذلك بخلاف ما اعطى من صنف اقل مما قدر فيه لكنه
يساوي كمال الواجب من صنف اخر فانه لا يجوز كما اذا اعطى مدا من بر يساوي صاعا اقل ما
قدر فيه لكنه يساوي كمال الواجب من صنف اخر فانه لا يجوز كما اذا اعطى مدا من بر يساوي
صاعا من شعير او اعطى نصف صاع من تمر وهو يساوي نصف صاع من حنطة لا يجوز لان
المودى عين المنصوص فلا يعتبر فيه القيمة **قوله** الجنس متحد وهو الكفارة **قوله**
وان امر غيره ان يطعم عنه من ظهاره ففعل ا[...]جزاه وهذه ايضا من مسايل الاصل ذكرها
بسبيل التفريع وانما جاز اذا فعله بامره لان المامور يصير نايبا عنه في الادا بحكم الوكالة
ويصير الفقير نايبا عنه في القبض فيقع قبض الفقير للامر اولا ثم لنفسه فيحصل معنى
الاستقراض فيتحقق تملك المظاهر ثم تمليكه الفقير فيجزي عن كفارة ظهاره بخلاف ما اذا

لم يامره فاطعم عنه حيث لا يجزيه لان المظاهر لا يملكه فلا يصح التمليك بدون الملك ولان
معنى الابتلا لا يتحقق بدون الملك وبخلاف ما اذا امره ان يصوم عن كفارة ظهاره
قوله فان غداهم
وعشاهم جاز قليلا اكلوا او كثيرا وهذه من مسايل القدوري غداهم اي اطعمهم الغدا
وهو طعام الغداة وعشاهم اي اطعمهم العشا وهو طعام العشا قال فخر الاسلام البزدوي
رحمه الله في شرح الزيادات وطعام الاباحة اكلتان لكل مسكين غدا وعشا والغدا ان يجزيه
والعشا ان كذلك والعشا والسحور كذلك واوفقها واعدلها الغدا والعشا والمعتبر فيه الشبع
لا المقدار والمعتبر في التمليك المقدار دون الشبع والسحور قد يصلح للاستيفا فافهم الغدا لما قال
النبي صلى الله عليه وسلم لعرباض بن سارية وقد دخل عليه وهو يتسحر هلم الى الغدا المبارك وانما
اعتبر الاكلتان لقوله تعالى فاطعام ستين مسكينا والواجب منه الوسط وهو اكلتان في
اليوم لان الاكثر في العادة ثلاث مرات والاقل مرة ثم اعلم ان التمليك والاباحة كل واحد
منهما جايز عندنا في الاطعام عن كفارة الظهار وكفارة اليمين وعند الشافعي لا يجوز الاباحة
وقال في شرح الكافي كان حمدان بن سهل يقول لا يتادى بالتمليك وانما يتادى بالتمكين لظاهر
قوله تعالى فاطعام ستين مسكينا والشافعي قاس على الزكاة وصدقة الفطر والجامع كونه
حقا ماليا وهو ضعيف ولنا ان المذكور في الاية الاطعام وهو جعل الغير طاعما وهذا المعنى
يحصل بالتمكين كما يحصل بالتمليك فيجوز الاباحة كما يجوز التمليك قال تعالى فاطعام ستين مسكينا
وقال تعالى من اوسط ما تطعمون اهليكم بخلاف الزكاة فان المذكور فيه لفظ الايتا وهو
الاعطا وذاك يدل على التمليك قال تعالى واتوا الزكاة وبخلاف صدقة الفطر فان المذكور فيه
لفظ الادا فلم يجزه التمكين ولان المقصود سد خلة المحتاج في يومه وذلك يحصل بالاباحة
لكن تمام ذلك بالتمليك فيجوز كل واحد منهما قال الامام الاسبيجابي رحمه الله في شرح الطحاوي
في باب صدقة الفطر هذه المسايل على ثلاثة انواع في وجه يجوز التمليك وطعام الاباحة
وهو الكفارات وجزا الصيد وفضا الصوم والصلاة وفي وجه لا يجوز الا التمليك وهو
الزكاة وصدقة الفطر والعشر والخمس وفي وجه اختلفوا فيه وهو انه اذا تناول
محظور احرامه على طريق الضرورة نحو ان يحلق راسه عن اذى ويلبس المخيط عن علة
فانه يخير بين ثلاثة اشيا ان شا ذبح في الحرم وان شا صام ثلاثة ايام وان شا اطعم ستة
مساكين كل مسكين نصف صاع من حنطة ويجوز طعام الاباحة في قول ابي حنيفة وابي
يوسف قياسا على ساير الكفارات وقال محمد لا يجوز الا التمليك لان الله تعالى سماها صدقة
بقوله تعالى او صدقة او نسك وما سمي صدقة لم يجز فيه الا التمليك قياسا على صدقة
الفطر والزكاة **قوله** من الطعم وهو بضم الطا قال ابو خراش الهذلي اردّ شجاع البطن
قد تعلمينه واوثر غيري من عيالك بالطعم اما الطعم بفتح الطا فمذاق الشي قال ابو خراش ايضا
فضيدته الاحوي التي يدني فيها خالد بن زهير فلست بناسبه وان طال عهده وما يعرض للعيس
عندي من طعم **قوله** وبما للتمليك اي الايتا والادا **قوله** ولو كان فيمن عشاهم صبي
فطيم لا يجزيه وهي مسألة كتاب الايمان ذكرها بسبيل التفريع وان لم تكن مذكورة في الجامع
الصغير ومختصر القدوري لكن ينبغي ان يقول فيمن غداهم وعشاهم او يقول منهما او
يقول لو كان احدهم فطيما لان الغدا والعشا حرم لا يعتبر قال الحاكم الشهيد في الكافي وان غداهم

وعشائهم وفيهم صبي فطيم او فوق ذلك شيئا لم يجز وذاك لان تغدية الصبي وتعشيته ناقصة
لانه لا يستوفي كاملا فلا يجزي عن الكامل **قوله** ولا بد من الادام في خبز الشعير اورده
هذه ايضا بسبيل التفريع قال شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي وفي الكتاب اطلق الخبز
البر وقد فسره في الزيادات وهذا لان المسكين يستوفي منه حاجته وان يكن مادوما بخلاف خبز
الشعير فانه لا يستوفي منه تمام حاجته الا اذا كان مادوما وكذلك لو غداهم وعشاهم سويقا وتمرا
قالوا وهذا في ديارهم فاما في ديارنا فلا بد من الخبز والادام ما يؤتدم به **قوله** وان اعطى
مسكينا واحدا ستين يوما اجزاه وهذا لفظ القدوري في مختصره اعلم انه اذا اطعم الطعام كله
مسكينا واحدا ستين يوما كل يوم اكلتين مشبعتين جاز وروي عن ابي يوسف في غير رواية الاصول
انه لا يجوز كذا في شرح الطحاوي وقال الشافعي لا يجزيه حتى يستوفي عدد المساكين لان الواجب
عليه اطعام ستين مسكينا فبتجدد الايام لا يصير الواحد ستين فلا يجوز كالشاهد اذا كرر
شهادته في اليوم الثاني لا يصير في معنى شاهدين وجه الظاهر ان المسكين الواحد بتجدد
الايام يصير في معنى المساكين لان المقصود دفع حاجة الفقير ولهذا لا يجوز صرفه الى الغني
والحاجة تتجدد بتجدد الايام وبتجدد سبب الاستحقاق يصير هو في معنى مسكين اخر فكان اطعامه
في ستين يوما كاطعام ستين مسكينا ولانه مسكين لم يستوف قوت يومه من الكفارة في اليوم الثاني
وكذا في سائر الايام فجاز صرفه اليه كسائر المساكين بخلاف الشاهد فان المقصود طمانينة القلب
ولا يحصل ذلك بتكرار الشهادة فلم يصر في معنى شاهدين **قوله** وان اعطاه في يوم واحد
لم يجزه الا عن يومه وذاك لان الواجب التفريق على ستين مسكينا ولم يوجد ذلك لا حقيقة
لانه مسكين واحد ولا حكما لعدم تجدد الحاجة **قوله** وهذا في الاباحة من غير خلاف
اي عدم الاجزا فيما اذا اعطى الطعام كله مسكينا واحدا في يوم واحد بطريق الاباحة
بلا خلاف يعني لا يجزيه الا بتجدد الايام لان الواحد لا يستوفي ما يستوفي ستون مسكينا في يوم
واحد اما اذا اعطى الطعام كله مسكينا واحدا في يوم واحد بدفعات بطريق التمليك ففيه
اختلاف المشايخ رحمهم الله ذكره شمس الائمة السرخسي رحمه الله في شرح الكافي قال بعض مشايخنا
يجوز لان الحاجة الى التمليك ليس لها نهاية فاذا فرق الدفعات جاز في يوم واحد كما في الايام
بخلاف طعام الاباحة فانه اذا استوفى حاجته منه في يوم ينتهي حاجته الى الطعام ولا
تتجدد ما لم تتجدد الايام يوضحه انه بعد ما اخذ وظيفة اليوم لو صرف اليه رجل اخر عن
كفارته وظيفة مسكين جاز فكذا اذا صرفه الرجل الاول بخلاف ما اذا ملكه ثلاثين صاعا
بدفعة واحدة فانه لا يجوز الا نصف صاع لان التفريق واجب حقيقة او حكما ولم يوجد
وقال بعضهم لا يجوز لان المقصود سد الخلة ولهذا لا يجوز الصرف الى الغني وبعد ما استوفى
وظيفة اليوم لا حاجة الى سد الخلة بصرف وظيفة اخرى للزوم تحصيل الحاصل بخلاف
صرف رجل اخر وظيفة مسكين اليه لانه ما استوفاه اولا كالمعدوم في حق هذه الكفارة
قال في شرح الطحاوي ولو اعطى ثلاثين مسكينا كل مسكين صاعا من الحنطة فانه لا يجوز
الا عن ثلاثين وعليه ان يعطي ثلاثين مسكينا ايضا ولو اعطى مائة وعشرين مسكينا كل
مسكين مدا من حنطة فعليه ان يكمل لاحد الفريقين كل مسكين نصف صاع من حنطة
ولو اطعم ستين مسكينا غدا او اطعم ستين مسكينا اخر عشاء فعليه ان يطعم احد الفريقين
اكلة مشبعة اخرى **قوله** وان قرب التي ظاهر منها في خلال الاطعام لم يستانف وهذه

مسئلة

مسئلة القدوري وصورته انه قرب امراته ما بين التغدية والتعشية او كان يغدي ويعشي
مسكينا واحدا ستين يوما فقربها في اثناء ذلك فكان يملك الطعام كله في يوم واحد بدفعات
مسكينا واحدا فقربها فيما بين الدفعات وانما لا يستانف بل يجزيه اطعام ما بقي من الطعام لان
الله تعالى ما شرط في الاطعام ان يقع قبل المسيس ولم يقل من قبل ان يتماسا كما قال ذلك في
التحرير والصيام وانما منع من المسيس قبل الاطعام لا لذات المسيس بل هو لمعنى في غيره وهو ان لا
يقع الاعتاق او الصيام قبل المسيس لجواز القدرة عليهما لان ما لله تعالى غادر ورائح والنهي لمعنى
في غير المنهي لا يعدم المشروعية ولا يقتضي الفساد **قوله** قبله اي قبل الاطعام **قوله**
فيقعان اي الاعتاق والصوم **قوله** واذا اطعم عن ظهارين ستين مسكينا كل مسكين صاعا لم
يجزه الا عن واحد منهما عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله يجزيه
عنهما وهذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي
الله عنه في الرجل يكون عليه اطعام مائة وعشرين مسكينا من ظهارين فاطعم ستين مسكينا لكل
مسكين صاعا في يوم واحد قال لا يجزيه عنهما ويجزيه عن احدهما وهو قول ابي يوسف وقال
محمد يجزيه عنهما وقال في المبسوط ولو اطعم ستين مسكينا كل مسكين صاعا من حنطة من ظهارين
عن امراة واحدة او امراتين لم يجزه الا عن احدهما في قول ابي حنيفة وابي يوسف ويجزيه في
قول محمد عنهما وكذلك الاختلاف فيما اذا اطعم ستين مسكينا كل مسكين صاعا من حنطة من
افطارين وبه صرح في شرح الطحاوي وجه قول محمد رحمه الله ان المؤدي وهو قدر الصاع لكل
واحد من ستين مسكينا يصلح وفاء بما عليه وهما الكفارتان والمحل يصلح مصرفا لهما جميعا فوقع
عن الكفارتين كما اذا ادى عن ظهار وفطر كل مسكين صاعا فانه يجزيه بالاجماع فكذا هذا
بيان الاول وهو كون المؤدى يصلح وفاء بما عليه ان المقدار الواجب لكل مسكين نصف صاع
من كل واحدة من الكفارتين والصاع بعد ذلك وبيان الثاني وهو كون المحل يصلح مصرفا
للكفارتين ان المسكين لا يخرج باخذ احد الحقين عن كونه مصرفا لاحتياجه مع ذلك ولهذا
لو اعطاه نصف الصاع عن احدى الكفارتين ثم اعطى النصف الاخر اياه عن الكفارة
الاخرى جاز بالاتفاق ووجه قولهما ان النية للتمييز وهو في الجنس الواحد لغو لانه لا يفيد
لعدم الحاجة الى التمييز فلما بطلت نية التمييز بقي نية اصل الكفارة والصاع يصلح لاطعام
واحد بان يقع النصف على وجه الفرض والباقي على وجه الاحسان فيقع عن واحد بخلاف اختلاف
الجنس فانه نية التمييز معتبرة وبخلاف ما اذا فرق في الدفع فانه في المرة الثانية كمسكين
اخر حكما وعندي قول محمد رحمه الله اقوى لانا لا نسلم ان النية في الجنس الواحد لا تفيد لانه
اذا اعتبرت نيته يقع المراد عن الكفارتين واذا لم يعتبر يقع عن كفارة واحدة فقد حصلت
الفائدة حينئذ ولان اللائق بحال المسلم ان يشتغل باسقاط ما هو الواجب عليه لا بمباشرة
النوافل وعليه واجب فحمل ما فيه لا يقع نصف الصاع بطريق الاحسان ويبقى عليه احدى الكفارتين
وعلى ما قال محمد لا يبقى عليه من الواجب شيء على ان الرجل ينادي باعلى صوته ويقول اني نويت
الكفارتين جميعا وانما اديت لاسقاط الفرض ويكون تقديركلامهما اديت لا لاسقاط الفرض
بل اضيعه نصف المؤدى ويقع عليك اذا ذلك المقدار ثانيا وقد نهى رسول الله صلى الله
عليه وسلم عن اضاعة المال فاعرفه **قوله** ومن وجب عليه كفارتا ظهار فاعتق
رقبتين لا ينوي عن احداهما بعينها جاز عنهما وكذلك اذا صام اربعة اشهر او اطعم مائة

وعشرين مسكينا جاز وهذا لفظ القدوري رحمه الله في مختصره وهذا استحسان كذا قال الشيخ ابو نصر البغدادي رحمه الله وذلك لان الجنس متحد فلا حاجة الى التعيين بعد ان وجدت نية الكفارة عنهما **قوله** معينة بكسر اليا المشددة **قوله** وان اعتق عنهما رقبة واحدة او صام شهرين كان له ان يجعل ذلك ايهما شا وهذا لفظ القدوري في مختصره وهي من المسايل المعادة في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل يظاهر من امرايتين له فيعتق عبدا عنهما قال له ان يجعله عن احدهما ويجزيه وعليه اعتاق رقبة اخرى وقال لو كان عليه رقبة من قتل ورقبة من ظهار فاعتق رقبة عنهما لم يجزه ان يجعله عن احدهما وكذا شمس الايمة السرخسي في شرح الكافي فان اعتق عبدا عن ظهارين فله ان يجعله عن ايهما شا ويجامع تلك المراة وكذا الصوم والاطعام وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر رحمه الله وقال في شرح الاقطع رحمه الله قال الشافعي رحمه الله اذا نوى الكفارة فيهما جاز يعني في الفصلين يعني فيما اذا كانت الكفارتان من جنس واحد او من جنسين وجه قول الشافعي رحمه الله ان الكفارات كلها جنس واحد والنية في الجنس الواحد لا تفيد فيبقى نية اصل الكفارة وذلك يكفي فله ان يجعل بعد ذلك عن ايهما شا وهذا ضعيف لانا لا نسلم الاتحاد في كل الكفارات الا ترى ان الرقبة في كفارة الظهار والافطار مطلقة ولهذا يجوز فيها المومنة والكافرة وللاطعام فيها مدخل وهي في كفارة القتل مقيدة بالايمان وليس للاطعام فيه مدخل ووجه قول زفر رحمه الله انه لما اعتق رقبة واحدة عن ظهارين تنقسم الرقبة عليهما لا محالة فيكون معتقا عن كل ظهار نصف رقبة ونصف الرقبة لا يجزي في الكفارة ثم اذا جعل تمام ذلك عن احدهما لا يجزيه لانه خرج الامر بيده بعدما اعتق فصار كما اذا اعتق عن ظهار وقتل ولنا ان نية الظهارين قد بطلت لاتحاد الجنس لانه لا حاجة الى التعيين فبقي نية اصل الكفارة وله ان يجعله عن ايهما شا بخلاف ما اذا اعتق رقبة واحدة عن ظهار وقتل فان النية فيه معتبرة لاختلاف الجنس لوجود الاختلاف في السبب والحكم فاذا كانت النية معتبرة يكون عن كل كفارة نصف رقبة فليس له ان يجعل بعد ذلك عن احدى الكفارتين لانه خرج الامر من يده واستشهد شمس الايمة السرخسي في شرح الكافي فقال الا ترى ان من كان عليه قضا ايام من رمضان فنوى صوم القضا جاز وان لم يعين يوم الخميس او الجمعة لان الجنس واحد بخلاف ما اذا كان عليه القضا والنذر فانه لا بد من التمييز لاختلاف الجنس **قوله** في الفصلين اي فيما اذا اعتق عن ظهارين وفيما اذا اعتق عن ظهار وقتل **قوله** نظير الاول اراد به الجنس المتحد وقوله ونظير الثاني اراد به الجنس المختلف قال الحاكم الشهيد رحمه الله في الكافي ولا يجزيه ان يعطي من هذه الكفارة من لا يجزيه ان يعطي من زكاته الا فقرا اهل الذمة فانه يعطيهم من هذه الكفارة وفقرا اهل الاسلام احب الينا ولا يجزيه ان يعطي فقرا اهل الحرب وان كانوا مستامنين في دار الاسلام والله اعلم

باب اللعان

قدم بيان المناسبة في اول باب الايلا فلا نعيده والاصل في ثبوت اللعان ما روي في الموطا عن ابن شهاب عن ابن المسيب ان سهل بن سعد الساعدي اخبره ان عويمرا العجلاني جا الى عاصم بن عدي الانصاري فقال له يا عاصم ارايت رجلا وجد مع امراته رجلا ايقتله فتقتلونه ام كيف يفعل سل لي عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فسال عاصم عن ذلك رسول الله

فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم المسايل وعابها حتى كبر على عاصم ما سمع من رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما رجع عاصم الى اهله جاه عويمر فقال يا عاصم ماذا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال له عاصم ما كنت لتاتيني بخير قد كره رسول الله صلى الله عليه وسلم فاساله عنها فاتى عويمر رسول الله وسط الناس فقال يا رسول الله ارايت رجلا وجد مع امراته رجلا ايقتله فتقتلونه ام كيف يفعل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم قد انزل الله فيك وفي صاحبتك فاذهب فات بها قال سهل فتلاعنا وانا مع الناس عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما فرغا من تلاعنهما قال عويمر كذبت عليها يا رسول الله ان امسكتها فطلقها ثلاثا قبل ان يامره رسول الله قال ابن شهاب فكانت تلك سنة المتلاعنين وروى البخاري رحمه الله هذا الحديث في صحيحه عن اسماعيل عن مالك عن ابن شهاب الى اخره وروى صاحب السنن رحمه الله عن عثمان بن ابي شيبة قال حدثنا جرير عن الاعمش عن ابراهيم عن علقمة عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال انا لليلة جمعة في المسجد اذ دخل رجل من الانصار في المسجد فقال لو ان رجلا وجد مع امراته رجلا فتكلم به جلدتموه او قتل قتلتموه فان سكت سكت على غيظ والله لاسالن عنه رسول الله فلما كان من الغد اتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فساله فقال لو ان رجلا وجد مع امراته رجلا فتكلم به جلدتموه او قتل قتلتموه او سكت سكت على غيظ فقال اللهم افتح وجعل يدعو فنزلت اية اللعان والذين يرمون ازواجهم ولم يكن لهم شهدا الا انفسهم الاية ثم اعلم ان اللعن هو الابعاد والطرد في اللغة ومنه قيل ذيب لعين اي طريد كذا قال ابن دريد في الجمهرة واستشهد بقول الشماخ

ذعرت به القطا ونفيت عنه ٭ مقام الذيب كالرجل اللعين

اي الذيب اللعين وقال ولاعن الرجل امراته اذا قذفها بالفجور ثم قال وهذه كلمة اسلامية لم تعرف في الجاهلية والمصدر الملاعنة واللعان ثم اللعان في الشريعة عبارة عما يجري بين الزوجين من الشهادات الاربع المذكورة في القران مقرونة باللعن والغضب وسمي الكل لعانا لما فيه من ذكر اللعن كالصلاة تسمى ركوعا لما فيها من الركوع وكالتحيات تسمى تشهدا لما فيها من التشهد وركنه الشهادة المؤكدة باليمين وسببه قذف الرجل زوجته قذفا صحيحا ونعني بالصحيح ما يكون موجبا للحد في حق الاجانب بان كان عاقلا بالغا والمراة عاقلة بالغة لان القذف من الصغير والمجنون ليس بموجب للحد لعدم الجناية وكذلك قذف المجنونة والصغيرة بالزنا كذب لانه لا يتصور الزنا منهما فلا يكون قذفا صحيحا وشرطه ان يكونا زوجين حرين مسلمين عاقلين بالغين غير محدودين في القذف وان يكون النكاح بينهما صحيحا سوا دخل بها او لم يدخل كذا في شرح الطحاوي وانما اشترطت الزوجية لان الله تعالى خص بالازواج حتى لو قذفها ثم طلقها ثلاثا او باينا فلا حد ولا لعان وكذا اذا كان النكاح فاسدا لا يجب اللعان لانه ليس بزوج مطلقا واشترطت الحرية لان الرق مناف للشهادة واللعان شهادة موكدة باليمين والحرية من جانبها من شرايط احصان القذف واشترط الاسلام لان الاسلام من شرايط الاحصان حتى لا يجب الحد على قاذف الكافرة فكذا لا يجب اللعان اما اذا كان الزوج كافرا والمراة مسلمة بان اسلمت المراة فقذفها بالزنا قبل عرض الاسلام عليه لا يجب اللعان لانه لا شهادة للكافر على المسلمة واشترط العقل والبلوغ لانه لا صحة للقذف بدونهما واشترط نفي الحد في القذف لان المحدود لا شهادة له بالنص واهله من كان اهلا للشهادة عندنا وعند الشافعي من كان اهلا لليمين بنا على ان اللعان شهادات موكدات بالايمان عندنا قايمة مقام القذف في حقه ومقام حد

الزنا في حقها ولهذا لا يثبت اللعان بالشهادة على الشهادة ولا بشهادة النساء مع الرجال ولا
بكتاب القاضي وكذا اذا وطئت محصنة بشبهة فقذفها زوجها لم يجب الحد اذا قذفها الاجنبي
وعنده ايمان موكدة بالشهادة ثم اعلم ان موجب قذف الزوج كان الحد في اول الاسلام ودل
عليه قوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة لانه
عام يتناول الاجنبيات والزوجات ودل عليه حديث ابن مسعود ايضا لانه قال لو ان رجلا وجد
مع امراته رجلا فتكلم به جلدتموه ثم صار موجب قذف الزوج اللعان بالاية وعند الشافعي
موجب قذفه الحد ولكن له ان يسقطه عن نفسه باللعان وهو ضعيف لان الله تعالى ذكر قذف
الزوج وجعل حكمه اللعان لا غير **قوله** قال واذا قذف الرجل امراته بالزنا وهما من اهل
الشهادة والمراة ممن يحد قاذفها او نفى نسب ولدها وطالبته بموجب القذف فعليه اللعان
اي قال القدوري في مختصره وهذه الجملة مشتملة على مسائل منها ان اللعان لا يجري بين الرجل
وامراته اذا قذفها بالزنا ما لم يكونا من اهل الشهادة بان قال لها يا زانية او قال لها زنيت
بفلان او قال رايتك تزنين وهذا هو القذف بصريح الزنا وعند الشافعي اهلية الشهادة
ليست بشرط بل من كان اهلا للطلاق فهو اهل للعان ولنا قوله تعالى والذين يرمون
ازواجهم ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم فشهادة احدهم اربع شهادات بالله انه لمن الصادقين
والخامسة ان لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين ويدرأ عنها العذاب ان تشهد اربع شهادات بالله انه
لمن الكاذبين والخامسة ان غضب الله عليها ان كان من الصادقين بيانه ان الله تعالى استثنى
انفس الذين يرمون ازواجهم من الشهداء فدل على انهم من الشهداء فيشترط اهلية الشهادة
وذلك لان الاصل في الاستثناء هو المتصل وهو ان يكون المستثنى من جنس المستثنى منه
والعبد والكافر ليسا من اهل الشهادة فلا يثبتا ولهما النص ثم اذا اسقط اللعان لمعنى في اهل
الشهادة ينظر ان كان من جانب الزوج فعليه الحد وان كان من جانب المراة فلا حد ولا لعان
ومنها انه يعتبر ان تكون المراة ممن يحد قاذفها عندنا لان اللعان قائم مقام حد القذف
في قذف الاجانب الاجنبيات حتى ان كل قذف يوجب الحد في قذف الاجانب يوجب
اللعان في قذف الازواج وما لا فلا ولهذا اذا قذف الرجل امراته بالزنا وهي ممن لا يحد
قاذفها لا يجري بينهما اللعان بان كانت وطئت بشبهة او كان ظهر زناها بين الناس قبل ذلك
او تزوجها بنكاح فاسد او ولد لها ولد من غير اب معروف وذلك ان موجب قذف الزوج اللعان
كما ان الحد موجب قذف الاجنبي فاذا كانت المراة على صفة لا يثبت بها احد الموجبين لا يثبت
الموجب الاخر ايضا ومنها ان اللعان يثبت بنفي نسب الولد بان قال هذا الولد من الزنا
او قال ليس مني قبل الاقرار بالولد وقبل مضي مدة التهنئة التي هي قائمة مقام الاقرار
بخلاف ما اذا نفى الحبل حيث لا لعان ولا حد عند ابي حنيفة رضي الله عنه لاحتمال انه
ريح وانما وجب بنفي الولد لانه صار قاذفا زوجته بنفي ولده عن نفسه وقذف الزوج
زوجته موجب للعان اذا كانا من اهل الشهادة وقد وجد ولا يقال لا نسلم انه
قاذف زوجته بنفي نسب الولد عن نفسه لاحتمال انها وطئت بشبهة فولدت لانا لا نسلم
اعتبار هذا الاحتمال ولهذا يكون قاذفا بالاجماع اذا قال لرجل لست لابيك مع ان هذا
الاحتمال قائم ومنها ان جريان اللعان موقوف على مطالبة المراة باللعان لانه حقها لان
الزوج لو قذفها حين قذفها بالفجور فاشترطت مطالبتها فيه كسائر حقوقها

اذا كفت عن مراجعة فهي امراته وان راجعته بدأ الامام بالرجل فامره ان يلتعن كما ذكر
الله تعالى في القران ثم تخصيص الغضب في المرة الخامسة بالمراة لان النساء يكثرن
من اللعن ويكثرن من الغضب لان الستهن معتادة على اللعن فيتجرأن عليه ولا يخفى **قوله**
والاستثناء انما يكون من الجنس فيه نظر لان انما للحصر فعلى ما قال يكون كل الاستثناء من الجنس وليس
كذلك لان الاستثناء المنقطع وارد في كلام الله العزيز قال تعالى فانهم عدو لي الا رب العالمين وكان ينبغي
ان يقول بالتقييد بان يقول والاستثناء الحقيقي او يقول والاصل في الاستثناء حتى لا يرد علينا المنع
فافهم **قوله** كما اذا نفى اجنبي نسبه عن ابيه المعروف بان قال له اجنبي لست لابيك حيث
يكون قاذفا وان كان احتمال الصدق قائما بان يكون المقذوف ولد الموطوءة عن شبهة **قوله**
وهذا لان الاصل في النسب الفراش الصحيح اشارة الى قوله ولا يعتبر احتمال ان يكون الولد من غيره
يعني اذا نفى نسب ولده عن نفسه يكون ذلك قذفا لزوجته لان الاصل هو الفراش الصحيح فيكون المراد
من القذف هو لا الفاسد فلا يحمل كلامه عليه بالاحتمال حتى يظهر ذلك **قوله** فان امتنع منه
حبسه الحاكم حتى يلاعن او يكذب نفسه فيحد وهذا لفظ القدوري في مختصره وهذا هو المذهب
عندنا لان الرجل اذا امتنع من اللعان لا يجب عليه حد القذف بمجرد الامتناع بل يجبر على اللعان
فان كذب نفسه فحينئذ يجب عليه حد القذف وكذا المراة اذا امتنعت بعد لعان الزوج لا يجب عليها
حد الزنا بمجرد الامتناع بل تجبر على اللعان فاذا صدقته بان اقرت فحينئذ يجب عليها حد الزنا
ولهذا قال الحاكم الشهيد رحمه الله في الكافي وايهما نكل عن اللعان حبسه واجبره حتى يلتعن كما
التعن صاحبه وقال في شرح الطحاوي ولو انهما امتنعا من اللعان او امتنع احدهما فالقاضي
يجبرهما على ذلك وقال شمس الائمة في المبسوط قال الشافعي لو امتنع الزوج من اللعان يقام
عليه حد القذف وعندنا يحبس حتى يلتعن وقال الشيخ ابو نصر وهذا الذي ذكره القدوري
فرع على اختلافهم في موجب قذف الزوج فعندنا هو اللعان فاذا امتنع منه فقد منع حقا
عليه يقدر على ايفائه كالديون وذلك الحق هو اللعان او اعترافه بعفافها وذلك يكون
باكذابه وعند الشافعي موجب قذف الزوجة الحد وانما جعل له ان يسقطه باللعان فاذا
امتنع من اللعان استوفى منه الحد فعلم بهذا ان ما ذكره الولوالجي في فتاواه ليس بمذهب اصحابنا
رحمهم الله فيحمل ذلك على قول بعض المشايخ قال واذا لم يلتعن الزوج يجب عليه الحد لان
اللعان خلف عن الحد فاذا لم يات بالخلف وجب عليه الاصل واذا لم تلتعن المراة بعد لعان
الزوج وجب عليها حد الزنا لان اللعان في جانبها خلف عن حد الزنا لقوله تعالى ويدرأ عنها
العذاب ان تشهد اربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين فاذا لم تات بالخلف وجب الاصل قال
شمس الائمة السرخسي في المبسوط قال الشافعي في قوله ويدرأ عنها العذاب اي يسقط عنها
الحد الواجب بلعان الزوج ثم قال والمراد منه الحبس لا الحد اي من العذاب يعني عندنا
يقال كذبه اذا قال له كذبت ومنه قوله تعالى فانهم لا يكذبونك اي لا يقولون انك كذاب
وقرئ لا يكذبونك من الاكذاب اي لا يصادفونك كاذبا وقال بعضهم اكذب ايضا بمعنى
كذب **قوله** ولو لاعن وجب عليها اللعان ايضا وهذا ايضا لفظ القدوري
وانما يبدأ بلعان الزوج اما لان الله تعالى بدأ به وهو السنة ايضا واما لانه يدعي عليها الزنا
قال الحاكم الشهيد في الكافي ولو اخطأ القاضي فامر المراة فبدأت باللعان ثم التعن الرجل
كان عليه ان يامر المراة باستقبال اللعان فان لم يامرها بذلك وفرق بينهما فالفرقة جائزة

قال القدوري فان امتنعت حبسها الحاكم حتى تلاعن او تصدقه وذلك لانها امتنعت من
ايفاء حق لازم عليها فتحبس كما في الديون وعند الشافعي اذا امتنعت حدت حد الزنا لان الزوج
اوجب عليها حد الزنا فيسقط عنها اللعان وهو ضعيف لان الرجل اذا قذفها وشهد عليها مع ثلاثة
بالزنا لا يثبت الزنا بالاجماع فكيف اذا شهد الرجل وحده قال الحاكم الشهيد رحمه الله في الكافي
واذا شهد الزوج وثلاثة نفر على المراة بالزنا جازت شهادتهم وان كان الزوج قذف وجاء
بثلاثة نفر فشهد واحد الثلاثة ولاعن الزوج **قوله** واذا كان الزوج عبدا او كافرا او
محدودا في قذف فقذف امراته فعليه الحد وهذه من مسايل الاصل والاصل فيه ما قال محمد بن
الحسن في الاصل وهو قوله بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا لعان بين اهل
واهل الاسلام ولا بين العبد وامراته ولا بين المحدود في قذف وامراته بيانه ان اللعان انما
يجب في قذف الرجل زوجته اذا وجبت شرايط اللعان ولم توجد فسقط اللعان لانعدامها
لمعنى من جهة الزوج وهو كونه على صفة لا تصح منه اللعان فصار كانه اكذب نفسه فصار
قاذفا فوجب عليه الحد لعموم قوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهدا
لانه كان هو المشروع في الاصل في قذف الزوج وغيره ثم صار اللعان خلفا عنه في قذف
الزوج عند وجود الشرايط فاذا انعدمت صير الى الاصل وهو الحد وصورة ما اذا كان
الزوج كافرا والمراة مسلمة بان اسلمت المراة فقذفها الزوج قبل عرض الاسلام عليه **قوله**
وان كان من اهل الشهادة وهي امة او كافرة او محدودة في قذف او كانت ممن لا يحد قاذفها
بان كانت صبية او مجنونة او زانية فانه تفسير من صاحب الهداية وانما لا يكون الحد في
قذف هولا لعدم احصانهن ولا يجري اللعان لانعدام اهلية الشهادة فيهن لان اللعان
في قذف الازواج قايم مقام حد القذف في قذف الاجانب فلا يجب الحد اذا قذفهن الاجانب
فكذا لا يجب اللعان اما الامة والكافرة فقذفها ليس بقذف صحيح لعدم الاحصان والقذف
اذا لم يكن صحيحا لا يوجب الحد وكذا قذف الصغيرة والمجنونة والزانية ليس بصحيح واما المراة
اذا كانت حرة مسلمة عاقلة بالغة عفيفة الا انها محدودة في قذف فقذفها الزوج يكون
قذفها صحيحا ولكن لما لم يجز اللعان لانعدام اهلية الشهادة فيها لم يجب الحد على الزوج لان
اللعان سقط لمعنى من جهة المراة اصله اذا صدقته وهو معنى قوله كما اذا صدقته يعني اذا
صدقته المراة لا يجب الحد فكذا هنا **قوله** والاصل في ذلك قوله عليه السلام اربعة
لا لعان بينهم وبين ازواجهم اليهودية والنصرانية تحت المسلم والمملوكة تحت الحر والحرة
تحت المملوك وهذا الحديث لم نجد له اصلا في كتب الحديث كالموطا والصحيح البخاري وسنن ابي
داود والجامع الترمذي وغير ذلك الا ان ابا بكر الرازي ذكره في شرحه لمختصر الطحاوي
باسناده عن عبد الباقي بن قانع الى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن النبي صلى الله عليه
وسلم قال اربع ليس بينهن ملاعنة اليهودية والنصرانية تحت المسلم والمملوكة تحت الحر
والحرة تحت المملوك **قوله** ولو كانا محدودين في قذف فعليه الحد وهذه من مسايل
الاصل ذكرها صاحب الهداية بسبيل التفريع وان لم يذكرها القدوري وذلك لان قذف
المحدود صحيح لكنه امتنع اللعان لمعنى من جهته وهو كونه ليس من اهل الشهادة فوجب الحد
ولا يقال لم لا يجوز ان يكون امتناع اللعان لمعنى من جهتها لانها محدودة ايضا حتى لا يجب
الحد على الزوج لانا نقول الاصل في اللعان هو الرجل لان اصل القذف منه وانما يعتبر اهلية

المراة

المراة في اللعان اذا وجدت اهلية الرجل فاذا لم توجد اهلية الرجل فلا يعتبر حالها في اللعان
كالعبد يقذف امراته المحدودة العفيفة الحرة العاقلة البالغة حيث يجب عليه الحد قال
اصحابنا اذا قذف الرجل امراته الموطوءة بشبهة لا يجب عليه حد ولا لعان ثم رجع ابو يوسف
عن هذا وقال يجب بقذفها الحد واللعان اي يجب الحد على الاجنبي واللعان على الزوج لانه
وطي تعلق به ثبوت النسب والمهر فكان كالوطي الصحيح وجه الظاهر انه وطي في غير ملكه
فاشبه الزنا فصار شبهة فسقط الحد فلما سقط الحد سقط اللعان **قوله** قال وصفة
اللعان ان يبتدي القاضي الى اخره اي قال القدوري اعلم ان المراة اذا خاصمت الى القاضي فينبغي
ان يقول لها اتركي وانصرفي ولو تركت وانصرفت ثم خاصمت بعد ذلك ثانيا جاز لان العفو عن
القذف باطل فاذا اختصمت الى القاضي وانكر الزوج فعليها ان تقيم شاهدين عدلين ولو اقامت
رجلا وامراتين لم تقبل ولو اقامت شاهدين ثم ان الرجل اقام رجلا وامراتين على تصديقها له
سقط اللعان ولا حد ولو لم يكن لها بينة فارادت ان تحلف الزوج على القذف ليس لها ذلك
وان اقر الزوج بانه قذفها بالزنا يسال منه البينة فان شهد اربعة انهم راوا كالميل في المكحلة
والقلم في المحبرة فان كانت المراة محصنة رجمت وان كانت غير محصنة جلدت ولو لم يكن
له بينة وجب اللعان اذا اجتمعت الشرايط فيهما ثم يقيمهما القاضي بين يديه متقابلين فيامر
الزوج بان يقول اولا اربع مرات اشهد بالله اني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا ويقول في
الخامسة لعنة الله علي ان كنت من الكاذبين فيما رميتها به من الزنا في نفي ولدها ثم يامر المراة بان
تقول اشهد بالله انه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا وتقول في الخامسة غضب الله علي ان كان
من الصادقين فيما رماني به من الزنا واذا كان القذف بنفي الولد تقول المراة في كل مرة فيما رماني
به من الزنا في نفي ولده هكذا ذكر في شرح الطحاوي قال القدوري يشير اليها في جميع ذلك اي يشير
الرجل الى المراة في قوله فيما رميتها هكذا ذكر الشيخ ابو الحسن الكرخي وروى الحسن بن زياد عن
ابي حنيفة رضي الله عنه انه يحتاج ان ياتي بلفظ المواجهة فيقول فيما رميتك به وهو قول زفر
رحمه الله كذا في شرح الاقطع رحمه الله لان خطاب المواجهة ليس فيه احتمال وفي الكناية احتمال
فكان اولى وجه ما ذكر الشيخ ابو الحسن رحمه الله ان الاشارة ابلغ في التعريف من اللفظ
وبعد ذلك ان شا خاطب وان شا كنى فلا يضر وقال اصحابنا رحمهم الله اللعان شهادة موكدة
باليمين وعند الشافعي رحمه الله هو يمين لانه تعالى قال اربع شهادات بالله وقد قوله بالله على انه
يمين لانه لو كان شهادة لم يقف على قوله بالله ولنا قوله تعالى ولم يكن لهم شهدا الا انفسهم بيانه
انه استثنى الازواج من الشهدا فدل على انهم شهدا لان الاصل في الاستثنا ان يكون من الجنس
فثبت ان اللعان شهادة وذكر اليمين للتاكيد وتحقيق الصدق فلا تنافي بين اليمين والشهادة
فلا يلزم حينيذ من ذكر اليمين ارتفاع الشهادة الا ترى ان الشهادة في ابتدا الاسلام كانت
توكد باليمين قال تعالى في سورة المايدة فيقسمان بالله لشهادتنا احق من شهادتهما ثم نسخ اليمين
في ساير الشهادة بقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم وبقي في اللعان على ما كان وقال في
الكشاف روي عن علي رضي الله عنه انه كان يحلف الشاهد والراوي اذا اتهمهما فظهر ان ذكر
اليمين لم يخرج اللعان من ان يكون شهادة ولا يرد علينا صحة اللعان من الاعمى والفاسق لانه
لهما اهلية الشهادة وانما لا يقبل اداوهما اما في الاعمى فلعدم تمييزه المشهود عليه عن المشهود
له ولا حاجة هنا الى التمييز واما في الفاسق فلرجحان جانب الصدق لانا امرنا بالتثبت في

خبره بخلاف المحدود فانه لا اهلية له اصلا لبطلان شهادته **قوله** فاذا التعنا لا يقع الفرقة حتى يفرق الحاكم بينهما اي قال القدوري رحمه الله في مختصره اعلم ان الزوجين اذا تلاعنا لا تثبت الفرقة بينهما بمجرد التلاعن حتى يفرق القاضي بينهما حتى يكون الزوجية قايمة ويصح ظهارها وطلاقه وايلاوه ويجري التوارث بينهما اذا مات احدهما عندنا كذا في شرح الطحاوي وقال زفر رحمه الله يقع بتلاعنهما ولا حاجة الى تفريق القاضي وقال الشافعي رحمه الله تقع بلعان الرجل قبل لعان المراة لان الفرقة بيد الزوج فيكون لعانه هو المعتبر في الفرقة وانما لعان المراة لدرء الحد عنها ولزفر قول الصحابة رضي الله عنهم المتلاعنان لا يجتمعان ابدا ولنا ما روينا من الموطا والصحيح البخاري من اول الباب في حديث عويمر انه قال كذبت عليها يا رسول الله ان امسكتها فطلقها ثلاثا قبل ان يامره رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ابن شهاب الزهري فكانت تلك سنة المتلاعنين قال ابو داود السجستاني رحمه الله في السنن في هذا الخبر قال سهل بن سعد رضي الله عنه فطلقها ثلاث تطليقات عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فانفذه رسول الله صلى الله عليه وسلم فمضت السنة بعد المتلاعنين ان يفرق بينهما ثم لا يجتمعان ابدا وفي رواية اخرى في السنن قال سهل بن سعد شهدت المتلاعنين على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وانا ابن خمس عشرة سنة ففرق بينهما رسول الله صلى الله عليه وسلم حين تلاعنا وجه الاستدلال ان الفرقة لو وقعت بلعان احدهما او بلعانهما لما وقع عليها الطلقات الثلاث ولا انفذه رسول الله صلى الله عليه وسلم بل كان الواجب على عهد رسول الله ان ينكره ويبين بطلان اعتقاده له والرواية الاخرى ابين لانه عليه السلام فرق بينهما ولان هذه الفرقة تختص سببها بحضرة الحاكم فوجب الحكم بتفريقه كما في فرقة العنة ولان اللعان تحالف بين المتعاقدين فاشبه التحالف في البيع فيه لا ينفسخ البيع بمجرد التحالف بلا قضا فكذا ههنا فان قيل ـــــــ هذا معنى مانع وجوده عن الاقرار على النكاح كما في الطلاق والرضاع والردة فلا حاجة الى قضا القاضي فيه كما في هذه الاشيا قيل ـــــــ في المقيس عليه لم يشترط الحضور عند الحاكم فلم يتوقف حكمه على حكم القاضي وفي المقيس يشترط حضرة القاضي فتوقف حكم اللعان على حكم القاضي فلما جا الفارق بطل القياس **قوله** دل عليه قول ذلك الملاعن اي دل على ان لا يقع الفرقة حتى يفرق الحاكم قول الملاعن عند النبي صلى الله عليه وسلم واراد بالملاعن عويمر العجلاني وقد روينا تمام الحديث في اول الباب **قوله** وتكون الفرقة تطليقة باينة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه وقال ابو يوسف هو تحريم موبد وهو قول زفر والحسن كذا في شرح الاقطع وقول الشافعي مثل قول ابي يوسف كذا في المبسوط وقال مالك في الموطا السنة ان المتلاعنين لا يتناكحان ابدا وان اكذب نفسه جلد الحد والحق به الولد وجه قول ابي يوسف رحمه الله ما روي في السنن عن سهل بن سعد رضي الله عنه قال حضرت عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فمضت السنة بعد في المتلاعنين ان يفرق بينهما ثم لا يجتمعان ابدا ولان سبب هذه الفرقة وهو اللعان يشترك فيه الزوجان ولا يختص به الرجل فكانت فرقة بغير طلاق حرمة موبدة كالرضاع ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ما روى محمد في الاصل بقوله بلغنا عن ابراهيم انه قال اللعان تطليقة باينة وقال ايضا وبلغنا عن ابراهيم انه قال اذا اكذب الملاعن نفسه جلد الحد وكان خاطبا من الخطاب ولان الثابت

بالنص هو اللعان فلو اثبتنا الحرمة المويدة لزم الزيادة على النص فذلك لا يجوز لانه نسخ على ما عرف ولان هذه الفرقة لا ينفرد سببها الا في نكاح صحيح وتختص بمجلس الحكم فتكون فرقة بطلاق كالفرقة بالجب والعنة والفقه فيه ان الامساك بالمعروف فات باللعان فتعين التسريح بالاحسان فاذا امتنع الزوج ناب القاضي منابه فكان فعله كفعله فكانت فرقة بطلاق كما في العنين والفرقة بالطلاق لا تتابد عندنا انها باينة لان المقصود دفع الظلم عنها ولا يحصل ذلك الا بالباين فيعني قوله لا يجتمعان ابدا اي ما داما متلاعنين كقوله تعالى ولن تفلحوا اذا ابدا اي ما داموا كفارا وما لم يبقيا متلاعنين بعد اكذاب الزوج نفسه لا حقيقة ولا حكما اما حقيقة فظاهر لان ذلك لا يكون الا حال تشاغلهما باللعان ولم يبق التشاغل واما حكما فلانه لما اكذب نفسه وجب عليه الحد فبطلت اهلية اللعان فارتفع اللعان حكما لبطلان الاهلية **قوله** وهو خاطب يعني يصح تزوجه بعد الاكذاب **قوله** ولم يبق المتلاعن ولا حكما اي لم يبق حقيقة التلاعن ولا حكم التلاعن يعني لم يبق ذلك لا حقيقة ولا حكما مر بيانه انفا **قوله** ولو كان القذف بنفي الولد نفى القاضي نسبه والحقه بامه وهذه مسيلة القدوري وذلك لما روي في الموطا والصحيح البخاري وغيرهما عن مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما ان رجلا لاعن امراته في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم وانتفى من ولدها ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما والحق الولد بالمراة قال في شرح الطحاوي ثم ولد الملاعنة بعد ما قطع نسبه فجميع احكام نسبه باق من الاب سوى الميراث والنفقة حتى ان شهادة الاب له لا تقبل وشهادته لابيه لا تقبل ودفع الزكاة اليه لا يجوز ولو كان ابنتا فتزوجه اباها او تزوج بنته منه ان كان لا يجوز وغير ذلك من احكام النسب **قوله** وصورته اللعان اي في نفي الولد وقد مر بيانه **قوله** وكذا في جانب المراة اي تقول المراة في اللعان بسبب نفي الولد فيما رماني به من نفي الولد وقد مر بيانه **قوله** الامر بل اراد بهما الزنا ونفي الولد **قوله** لان المقصود من هذا اللعان نفي الولد فيوفر عليه مقصوده يعني ان غرض الزوج من لعانه بسبب نفي الولد هو نفي الولد فيجعل عليه غرضه من نفي الولد فلا جرم ينفي القاضي نسب ولدها منه لكن يتضمنه القضا بالتفريق اي يحصل نفي الولد في ضمن القضا بالتفريق يعني اذا قال فرقت بينكما يكفي وعن ابي يوسف رحمه الله لا بد ان يفرق ويقول قد الزمته امه واخرجته من نسب الاب وذلك لان القضا بالتفريق ينفك عن نفي الولد فلا بد من ذكر نفي الولد الا ترى انه اذا نفي ولد ام الولد ينتفي ولا يجري اللعان واذا قال لامراته زنيت يجري اللعان ولا ينتفي الولد **قوله** فان عاد الزوج واكذب نفسه حده القاضي هذا لفظ القدوري وكذلك قوله وحل له ان يتزوجها وكذلك قوله وكذلك ان قذف غيرها فحد به او زنت فحدت يعني اذا اكذب الزوج نفسه بعد تفريق القاضي بينه وبين امراته حد لانه اعترف بوجوب الحد عليه حيث قذف محصنة فلما وجب الحد حل له ان يتزوجها لانه لما بطل اللعان بوجوب الحد لانعدام اهلية الشهادة بطل الحكم المتعلق به وهو الحرمة وكذلك يحل له ان يتزوجها اذا قذف غيرها بعد تفريق القاضي فحد لهذا المعنى وكذلك اذا زنت المراة فحدت او حدت في قذف لانعدام اهلية اللعان قال في شرح الطحاوي اذا اخرسا او احدهما او اكذبت المراة نفسها او اكذب الرجل نفسه او قذف احدهما انسانا فحد او وطيت المراة حراما يحل له ان يتزوجها عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعندهما اي عند ابي يوسف والشافعي رحمهما الله لا يحل له ذلك وقال شمس الايمة السرخسي في شرح الكافي واذا رجع المتلاعنان الى حال لا يتلاعنان فيه ابدا

ثم قال ان كان بعد التفريق حل له ان يتزوجها في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وان كان قبل التفريق لم يتفرق بينهما وعند ابي يوسف رحمه الله لا يجتمعان ابدا **قوله** فارتفع بحكمه المنوط به وهو التحريم اي ارتفع اللعان بحكمه المتعلق به وذلك الحكم هو التحريم يعني ارتفع التحريم كما ارتفع اللعان **قوله** واذا قذف امرأته وهي صغيرة او مجنونة فلا لعان بينهما وهذا لفظ القدوري وذلك لان اللعان في قذف الزوج قائم مقام الحد في حق الاجنبي فاذا قذفهما الاجنبي لا يجب الحد لان قذفهما ليس بقذف صحيح اذ ليس لهما فعل صحيح فكذا لا يجري اللعان اذا قذفهما الزوج **قوله** لقيامه مقامه اي لقيام اللعان مقام حد القذف **قوله** وكذا اذا كان الزوج صغيرا او مجنونا يعني لا لعان بينه وبين امرأته لانعدام اهلية الشهادة واللعان شهادة عندنا **قوله** وقذف الاخرس لا يتعلق به اللعان وقال الشافعي رحمه الله يصح قذفه ولعانه كذا في شرح الاقطع رحمه الله وجه قوله ان اشارة الاخرس كعبارة الناطق ولنا ان الحدود تندرئ بالشبهات وفي اشارته احتمال وشبهة فلا يثبت الحد بالشبهة وكذا اللعان لانه قائم مقام الحد وكذا لا يثبت اللعان بكتابته لان الكتابة بمنزلة ما ليس بصريح من الناطق فصار شبهة ولان لفظة الشهادة شرط في اللعان بالنص ولا يتحقق اللفظ من الاخرس بالاشارة وكذا اذا كانت المرأة خرساء لا يجري اللعان بينهما لجواز التصديق لو كانت تنطق والحد لا يثبت بالشبهة فكذا اللعان الذي قائم مقامه **قوله** وهذا اشارة الى قذف الاخرس **قوله** واذا قال الزوج ليس حملك مني فلا لعان وهذا لفظ القدوري وهو قول ابي حنيفة وزفر رحمهما الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان جاءت بولد لاقل من ستة اشهر لاعن وان جاءت به لاكثر من ستة اشهر فلا لعان وهو قول ابي حنيفة الاول رحمه الله كذا في شرح الاقطع رحمه الله وعن ابي يوسف رحمه الله يلاعن في الحال وهو قوله كذا في مختصر الاسرار وهو قول مالك والشافعي رحمهما الله وقال في شرح الآثار كان ابو يوسف يقول بهذا القول مرة وليس بالمشهور عنه وذلك لان هلال بن امية قذف امرأته بنفي الحمل وقد لاعن رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما ولابي يوسف ومحمد رحمهما الله انها متى اتت بالولد لاقل من ستة اشهر من زمان القذف تيقنا بوجود الحمل عند القذف فصار كالولد الموجود بخلاف ما اذا اتت به لاكثر من ستة اشهر لانه حينئذ لا يتيقن بوجود الحمل عند القذف ولهذا اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر استحق الوصية والميراث وفي الاكثر لا اذا كان الحمل من غير الميت ولابي حنيفة رضي الله عنه ان نفي الحبل ليس بقذف في الحال لانه لا يدري يقينا فلعله ريح وكذا بعد الولادة لانه لم يوجد القذف حينئذ او نقول اذا لم يكن قذفا في الحال للاحتمال صار كالمعلق بالشرط بان قال ان كان في بطنك ولد فليس مني والقذف لا يحتمل التعليق بالشرط لان المعلق بالشرط عدم قبل وجود الشرط ولا حاجة الى اثباته حكما الى وجود الشرط لعدم الحاجة الى ايجاب الحد لان الحدود يحتال لدرئها لا لاثباتها بخلاف الارث والوصية فانهما يتوقفان الى انفصال الولد ولا يتوقف القذف ولا نسلم ان هلالا قذف امرأته بنفي الحمل نعم انه قذفها وهي حامل وذلك لا يدل على قذفها بنفي الحمل يدل على هذا ما روي في السنن مسندا الى عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنه ان هلال بن امية قذف امرأته عند النبي صلى الله عليه وسلم بشريك بن سحماء فقال النبي صلى الله عليه وسلم البينة او حد في ظهرك قال يا رسول الله اذا رأى احدنا رجلا على امرأته

يلتمس البينة فجعل النبي صلى الله عليه وسلم يقول البينة والا حد في ظهرك فقال هلال والذي بعثك بالحق نبيا اني لصادق ولينزلن الله عز وجل في امري ما يبرئ ظهري من الحد فنزلت والذين يرمون ازواجهم ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم الآية بيانه انه قال اذا رأى احدنا رجلا على امرأته فذلك يدل على انه كان قاذفا بصريح الزنا لا بنفي الحمل فافهم **قوله** وان قال زنيت وهذا الحمل من الزنا تلاعنا وهذا لفظ القدوري وتمامه ولم ينف القاضي الحمل وانما ثبت اللعان في هذه الصورة باتفاق اصحابنا رحمهم الله لانه قذفها بصريح الزنا وهما من اهل اللعان وانما لا ينفي القاضي نسب الحمل عن ابيه لان قطع النسب حكم عليه ولا يترتب الاحكام على الحمل ولا له قبل الانفصال ولهذا لا يحكم له باستحقاق الوصية والميراث قبل الولادة وعند الشافعي ينفي القاضي نسبه لان النبي صلى الله عليه وسلم نفى نسب ولد هلال عنه وكان قذفها حاملا فجوابه لا نسلم ان النبي صلى الله عليه وسلم قطع نسبه عنه بل قال ان جاءت به كذا وكذا فهو لهلال وان جاءت به كذا وكذا فهو للذي رميت به بيانه ان النبي صلى الله عليه وسلم جعل الولد لزوجها ان اشبهه والشبه لا يعتبر في باب اللعان بالاتفاق ولهذا لو كان قذفها بنفي الولد في زمان يصح النفي فلاعنها وكان الولد اشبه الناس بالزوج ينفي القاضي نسبه عنه ويلحقه بامه فاذا لا حجة للخصم في هذا الحديث ولئن صح نفيه عن هلال فنقول ان النبي صلى الله عليه وسلم كان عرف وجود الحبل يقينا زمان القذف بالوحي ولا يتحقق ذلك في حق غير النبي صلى الله عليه وسلم على انا نقول قول النبي عليه السلام بسبيل التعليق ليس بحكم في الحال قبل الولادة لان المعلق بالشرط عدم قبل وجوده فافهم **قوله** واذا نفى الرجل ولد امرأته عقيب الولادة او في الحالة التي تقبل التهنئة وتبتاع آلة الولادة صح نفيه ولاعن به وان نفاه بعد ذلك لاعن ويثبت النسب وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يصح نفيه في مدة النفاس وهذا لفظ القدوري في مختصره اعلم ان اللعان يجري بينهما بنفي نسب الولد وان طالت المدة لانه قذف زوجته بنفي الولد عن نفسه لكن الولد هل ينتفي فان كان النفي بحضرة الولادة حين يولد او بعد ذلك بيوم او يومين او نحو ذلك ينتفي ولم يوقت ابو حنيفة رضي الله عنه في ظاهر الرواية بشيء غير هذا وروى الحسن انه يصح نفيه الى سبعة ايام وقال ابو يوسف ومحمد الى مدة النفاس اربعين يوما هذا اذا لم يقر بالولد فاما اذا اقر به صريحا او دلالة فلا يصح النفي بعد ذلك سواء كان بحضرة الولادة او بعدها والصريح ان يقول الولد مني او يقول هذا ولدي والدلالة ان يسكت اذا هنئ لكنه يلاعن لهما ان مدة النفاس كحضرة الولادة بدليل سقوط الصوم والصلاة فكان النفي في تلك المدة كالنفي حال الولادة ولابي حنيفة رضي الله عنه على رواية الحسن ان النبي صلى الله عليه وسلم عق عن الحسن والحسين رضي الله عنهما في اليوم السابع والعقيقة شيء يفعله الملتزم لنسب الولد وجه ظاهر الرواية ان النفي لا يصح الا بعد الولادة فيشترط حضرة الولادة وتقادم الزمان دليل الالتزام فلا يصح النفي بعد ذلك وكان القياس ان لا يصح النفي الا على فور الولادة كما قال الشافعي في احد قوليه وفي قوله الآخر الى ثلاثة ايام ولكن جعل نفيه صحيحا بيوم او يومين ونحو ذلك حتى يكون كلامه عن تروٍّ وتفكر كيلا يكون مجازفا استحسانا وانما لا يصح نفيه اذا كان مدة التهنئة قبل النفي لان سكوته في تلك المدة دليل الالتزام بالولد فصار الاقرار بالنسب لا يصح الرجوع عنه لتعلق حق الغير به وكذا قبول التهنئة او شراء آلة الولادة كل ذلك دليل على التزام الولد قال في الشامل ابو حنيفة

رضي الله عنه لم يوقت بل فوض الى الامام ثم قال وحكي عنه انه اعتبر ثلاثة ايام قوله
ولو كان غائبا قال في شرح الطحاوي هذا اذا كان زوجها حاضرا واما اذا كان غائبا وقد بلغ
اليه الخبر فبعد بلوغ الخبر ان نفاه فهو على الاختلاف وبلوغ الخبر كحضرة الولادة فاما على
قولهما ان بلغ الخبر في مدة النفاس فالى تمام مدة النفاس وان بلغه الخبر بعد اربعين يوما
روي عن ابي يوسف رحمه الله انه قال ان نفيه يصح الى سنتين لانه لما مضى مدة النفاس
يعتبر مدة الرضاع وعن محمد رحمه الله انه قال ان نفيه يصح الى سنتين لانه لما مضى مدة
النفاس يعتبر مدة الرضاع وعن محمد رحمه الله انه قال ينبغي اذا نفاه بعد بلوغ الخبر الى
اربعين يوما قال شمس الائمة السرخسي رحمه الله في شرح الكافي اذا جيء بولد الامة فسكت
لم يكن قبولا بخلاف ولد المنكوحة لان ولد الامة غير ثابت النسب منه فالحاجة الى الدعوة
والسكوت ليس بدعوة فاما نسب ولد المنكوحة فثابت له بالفراش فسكوته يكون مسقطا
حقه في النفي قوله قال واذا ولدت ولدين في بطن واحد فنفى الاول واعترف بالثاني ثبت
نسبهما الى قال القدوري في مختصره اعلم ان المراة اذا ولدت ولدين لاقل من ستة اشهر فنفى الزوج
احدهما واعترف بالاخر ثبت نسبهما لا محالة سوا سبق النفي او الاعتراف لانهما حمل واحد فاذا ثبت
نسب احدهما بالاعتراف ثبت نسب الاخر لكن اذا سبق النفي صار قاذفا ثم صار مكذبا نفسه فيحد
واذا سبق الاعتراف لاعن بنفي الثاني ولا يحد لانه لم يوجد اكذاب النفس قال الحاكم الشهيد في
الكافي وان نفاهما ثم مات احدهما قبل اللعان لاعن على الحي ولزماه ولداه وذلك لان الذي مات
ثبت نسبه منه لانه يرثه لو كان له مال فاذا ثبت نسب الميت ثبت نسب الحي لانهما من ماء واحد ولا
يمتنع جريان اللعان على الحي لانه لا يلزم من اللعان قطع النسب لا محالة وكذلك لو ولدت احدهما
ميتا فنفاهما لان الميت ثابت النسب منه الا ترى انه لو ضرب انسان بطنها كان للوالد الميراث
من الغرة فيثبت نسب الاخر ايضا لما قلنا قوله والاقرار بالعفة سابق على القذف هذا
جواب سؤال مقدر صرح بها في شرح الاقطع رحمه الله فقال فان قيل فقد اكذب نفسه بالاعتراف
الاول فصار كما لو اكذب نفسه بالاعتراف الثاني قيل له التكذيب قبل القذف لا يتعلق به الحد
الا ترى انه متى قذف هذه المراة فانا كاذب في قذفها ثم قذفها انه يلاعن ولا يحد كذلك هذا
او نقول كانه افتر[illegible] بعفتها وقال هي عفيفة عن الزنا ثم قذفها بالزنا فلا يكون ذلك اكذاب
النفس فكذا هذا والله اعلم

باب العنين

وغيره لما كان للعنين نسبة بالنكاح والفرقة جميعا ذكر احكام العنين وما شابهه من المجبوب
ونحوه بعد الفراغ عن احكام النكاح والطلاق جميعا لكن اخره عن ابواب الطلاق لكون
العنة ونحوها من العوارض قوله واذا كان الزوج عنينا اجله الحاكم سنة فان
وصل اليها والا فرق بينهما اذا طلبت المراة ذلك وهذه من مسائل القدوري وقال الحاكم
الشهيد رحمه الله في مختصر الكافي بلغنا عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه انه قال يؤجل
العنين سنة فان وصل الى امراته فهي امراته فان لم يصل اليها فرق بينهما وجعلها تطليقة
بائنة وجعل لها المهر كاملا وجعل عليها العدة كاملة وبلغنا عن علي بن ابي طالب رضي الله
عنه نحو ذلك وقال الخصاف في كتاب ادب القاضي حدثني ابي عن نوح بن دراج عن محمد بن
اسحاق عن خالد بن كثير عن علي بن ابي طالب قال يؤجل العنين سنة فان انتشط فسبيل ذلك
والا فرق بينهما وابتغى كل واحد منهما من فضل الله وقال حدثنا الفضل بن دكين قال حدثنا

سفيان الثوري عن الركين بن الربيع بن عميلة الفزاري عن ابيه وحصين بن قبيصة عن
عبد الله بن مسعود قال يؤجل العنين سنة فان جامع والا فرق بينهما وقال حدثنا الفضل
بن دكين قال حدثنا سفيان الثوري عن الركين بن الربيع عن عميلة الفزاري عن النعمان بن
حنظلة عن المغيرة بن شعبة انه اجل العنين سنة وقال حدثنا يحيى الحماني قال حدثنا
ابي عن هشيم عن محمد بن سالم عن الشعبي ان عمر بن الخطاب كتب الى شريح ان يؤجل العنين سنة
من يوم يرفع اليه هنا لفظ الخصاف في ادب القاضي وقال الحاكم ولا يجوز اجل العنين الا
عند السلطان نحو قضاته واذا ارتفعا اليه اجله سنة مستقبلة من يومئذ وان ادعى
الزوج بعد مضي السنة انه وصل اليها وانكرته فان كانت بكرا نظر النساء اليها ويجزي الواحدة
العدلة والثنتان والثلاث افضل فان قالت هي بكر لم يصدق الزوج وخير السلطان المراة
فان فارقته كانت تطليقة بائنة ولها المهر كاملا وعليها العدة كاملة وان كانت ثيبا فالقول
قوله مع يمينه انه وصل اليها وكذلك ان كان يصل الى غيرها من نسائه وجواريه وان
كان غشيها مرة واحدة ثم انقطع عنها فلا خيار لها ابدا الى هنا لفظ الحاكم في كافيه [illegible]
ثم اعلم ان العنين هو الذي لا يصل الى المراة اصلا بكرا كانت او ثيبا او يصل الى الثيب
دون البكر او يصل الى غيرها من نسائه وجواريه والحكم في الكل واحد فان وجدت
المراة زوجها عنينا فرضيت بالمقام معه بعد ان كان على ذلك لان السكن مقصود كالوطي وكذلك
اذا تزوجت وهي تعلم انه عنين حيث لا يكون لها طلب الفراق لانها رضيت بالمقام معه اما
اذا لم تعلم ولم ترض بالمقام فلها المطالبة لانها حقها فحينئذ يؤجل سنة وابتدا الاجل
يعتبر في زمان التاجيل وانما يؤجل سنة لما روينا عن عمر وعلي رضي الله عنهما وفي الموطا عن
سعيد بن المسيب انه كان يقول من تزوج امراة فلم يستطع ان يمسها فانه يضرب له اجل
سنة فان مسها والا فرق بينهما والفقه فيه ان مقصودها من النكاح العفة والاحصان لنفسها
بقضا شهوتها من زوجها الا انها لا تستحق عليه الوطي في كل وقت لحق الا هنا لعن ذلك فيؤجل
سنة لابلاء العذر لانه ربما لا يقدر على وطيها بسبب مرض من رطوبة او برودة او نحو
ذلك او بسبب سحر فيستدرجه الله بذلك ثم يوافقه بعض فصول السنة او يعالج في بعض
فصولها فتزول تلك العلة وذلك لان السنة تصلح لابلاء العذر ومن يمكث حولا كاملا فقد
اعتذر بيانه ان الطب معالجة الضد بالضد فاذا كان سبب الاسترخا غلبة بعض العناصر
الاربعة عليه يزول ذلك في فصل فيه ضد ذلك العنصر فيقدر على الوصول لا محالة ان
كان لافة عارضة بيانه ان السنة تشتمل على اربعة فصول اولهن الربيع وهو ما اذا
كان الشمس في الحمل والثور والجوزا وهو حار رطب على طبيعة الهوا والثاني الصيف وهو ما
اذا كان الشمس في السرطان والاسد والسنبلة وهو حار يابس على طبيعة النار والثالث
الخريف وهو ما اذا كان الشمس في الميزان والعقرب والقوس وهو بارد يابس مثل طبيعة الارض
والرابع الشتا وهو ما اذا كان الشمس في الجدي والدلو والحوت وهو بارد رطب مثل طبيعة الما
فاذا مضت السنة ولم يقدر على الوصول علم ان العجز كان عن اصل الخلقة لا لافة اصلية لا
عارضة او هو ممتنع مع القدرة على الوطي فيتعين عليه الفراق لفوات المقصود فاذا لم يفارقها
فرق القاضي بينهما دفعا للظلم لانه هو المنتصب لدفع الظلم وكانت الفرقة بائنة ليتحقق
دفعه اذ لا يحصل ذلك بالرجعي ثم اعلم انها اذا اختارت نفسها بعد مضي السنة فهل تقع الفرقة

من غير تفريق الحاكم ام تحتاج الى التفريق ففيه اختلاف الرواية عن اصحابنا رضي الله عنهم قال
صاحب المختلف فان اختارت نفسها بانت منه في ظاهر الرواية ثم قال وروى الحسن عن ابي
حنيفة رضي الله عنه انها اذا اختارت نفسها فرق القاضي بينهما ولا تقع الفرقة من غير تفريق كما
في خيار المدركة كذا ذكر الامام الاسبيجابي ايضا في شرح الطحاوي وقال محمد في الاصل بعد
تاجيل السنة فان قلن هي بكر لم يصدق الزوج وخير السلطان المراة ان شاءت اقامت معه
وان شاءت اختارت فرقته وان فارقته كانت تطليقة بائنة وكذلك قال الحاكم ايضا وفي
مر ذلك وهذا يدل على انها اذا اختارت الفرقة وقع الطلاق وان لم يفرق الحاكم وقال
الطحاوي في مختصره وان اختارت فراقه فرق بينهما وهذا يدل على اشتراط تفريق الحاكم
وكذلك عامة اصحابنا ذكروا في كتبهم كمبسوط شمس الائمة السرخسي ومبسوط صدر الاسلام
البزدوي والشامل وشروح الجامع الصغير للامام فخر الاسلام البزدوي والصدر
الشهيد والامام العتابي والتحفة وغيرها وشرطوا تفريق القاضي وقال شمس الائمة السرخسي
رحمه الله عن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله في غير رواية الاصول انها كما اختارت نفسها وقعت
الفرقة بينهما اعتبارا بالمخيرة بتخيير الزوج او بتخيير الشرع كالمعتقة وقال الخصاف في
ادب القاضي وان كان القاضي لما خيرها وهي بكر اختارت الفرقة فانها لا تكون فرقة حتى يفرق
القاضي بينهما الى هنا لفظه ثم انما لا يكون لها خيار اذا عنينها مرة لتاكد البدل وثبوت صفة
الاحصان بالمرة الواحدة **قوله** ولان الحق ثابت لها في الوطي ولهذا لا يجوز العزل بدون
اذنها والاختلاف في الامة المنكوحة قال ابو حنيفة رضي الله عنه الاذن في العزل الى المولى وقالا اليها وقد
مر في باب نكاح الرقيق **قوله** لكن النكاح لا يقبل الفسخ عند نا يعني بعد تمام العقد اما قبل تمام العقد
فيقبل ذلك كما في خيار البلوغ وخيار العتاقة لان ذلك امتناع من تمام العقد **قوله** ولو لم تكن بائنة
تعود معلقة بالمراجعة اي لو لم تكن الفرقة بائنة فراجعها الرجل بعد الفرقة ترجع المراة الى حالها
الاولى وهي كونها معلقة والمعلقة لا ذات زوج ولا ايم اما الاول فلفوات المقصود وهو الوطي
واما الثاني فلانها تحت زوج فلا يحصل حينئذ دفع الظلم وهو المقصود من فرقة العنين **قوله**
ولها كمال مهرها ان كان خلا بها وذلك لان خلوة العنين صحيحة لان الحكم دائر على سلامة الالة وقد
سلمت المراة المبدل فيجب عليه البدل ايضا دل عليه قضاء عمر وعلي رضي الله عنهما حيث قالا اذا ارخيت
الستور وجب الصداق واذا جاء العجز من قبلكم وعليها العدة لتوهم الشغل احتياطا استحسانا وقد مر في باب المهر وهو المراد
من قوله لما بينا من قبل وعند شريح وابن طاوس يجب على العنين نصف الصداق اذا لم يصل ذكره
الخصاف وقولهما في ادب القاضي وقد حدث الخصاف عن يزيد عن ابن ابي عروبة عن قتادة عن
سعيد بن المسيب عن عمر رضي الله عنه انه اجل العنين سنة فان اتاها والا فرق بينهما ولها
الصداق كاملا فاذا صح هذا عن عمر من غير نكير من احد من الصحابة صار اصلا في انه يؤجل
سنة فان لها الصداق كاملا **قوله** هذا اذا اقر الزوج انه لم يصل اليها اي تاجيل العنين
سنة والتفريق بعد السنة فيما اذا كان الزوج مقرا في الابتداء بانه لم يصل اليها اما اذا اختلفا فقال
الزوج وصلت وقالت المراة لم تصل الي فلا يخلو من احد الامرين اما ان كانت المراة ثيبا او بكرا
فان كانت ثيبا فالقول قول الزوج مع اليمين فان الزوج منكر في الحقيقة وان كان مدعيا للدخول
صورة فالقول قول المنكر مع اليمين فلو حلف لا يبقى لها خيار ولو نكل يؤجل سنة وان كانت
المراة بكرا يريها القاضي النساء فالواحدة العدل تكفي والاثنتان احوط فان قالت هي بكر فالقول
قول

قول المراة من غير يمين لان البكارة مما لا يطلع عليه الرجال لكن طالبته القلب في التثنين
اكثر فيؤجل سنة وان قالت العدلة هي ثيب فالقول قوله مع يمينه لان شهادتها تقوت
يمين الرجل فلا خيار لها اذن وان نكل يؤجل بوجل العنين سنة وتخير المراة بعد ذلك فان
اختارت نفسها يقول القاضي للزوج فارقها فان فعل والا فرق القاضي بينهما قال في شرح
الطحاوي فان وقع الشك للنساء في امرها تمتحن قال بعضهم تؤمر بان تبول على الجدار فان امكنها ان
ترمي ببولها الى الجدار فهي بكر والا فهي ثيب وقال بعضهم تمتحن ببيضة فان وسعتها فهي
ثيب والا فهي بكر **قوله** وان كان مجبوبا فرق القاضي بينهما في الحال وذلك لانه لا يرجى منه
الوصول فلا فائدة في التاجيل لا بل العذر لانه مقطوع الالة **قوله** والخصي يؤجل كما
يؤجل العنين وذلك لانه ربما يتحقق منه الوطي فكان حكمه حكم العنين **قوله** واذا اجل
العنين سنة الى اخره اعلم ان الزوجين اذا ترافعا الى القاضي وقد اختلفا في الوصول يريها القاضي
النساء فان شهدت العدالة بالبكارة خيرت لان شهادتها تايدت بالبكارة وان شهدت بالثيابة فالقول
قول الزوج مع اليمين فان حلف فلا خيار لها وان نكل خيرت لان دعواها تايدت بنكول الرجل فان
اختارت الزوج او قامت من مجلسها او اقامها اعوان القاضي او قام القاضي قبل ان تختار شيئا بطل
خيارها لان هذا بمنزلة تخيير الزوج امرأته وذلك يتوقف بالمجلس هذا اشتمله فان اختارت نفسها في
المجلس يومر الزوج بالتفريق فان ابى فرق القاضي **قوله** وان كانت ثيبا في الاصل فالقول قوله
مع يمينه وقد ذكرناه اراد به قوله قبل عشرة خطوط فالقول قوله مع يمينه لانه ينكر استحقاق
حق الفرقة والاصل هو السلامة في الجبلة **قوله** وفي التاجيل يعتبر السنة القمرية هو
الصحيح اطلق محمد رحمه الله في الاصل ولم يقيد بالقمرية والشمسية وقال في شرح الطحاوي
وتعتبر سنة قمرية بالاهلة في ظاهر الرواية وروى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة رضي الله
عنه انه يعتبر سنة شمسية وهي تزيد على القمرية بايام وذهب شمس الائمة السرخسي في شرح
الكافي الى رواية الحسن اخذا بالاحتياط وكذلك صاحب التحفة لانه ربما يكون موافقة
العلاج في الايام التي يقع التفاوت فيها بين الشمسية والقمرية وهذا هو المختار عندي لانه
احوط وقال الولوالجي رحمه الله في فتاواه العنين يؤجل سنة قمرية لا شمسية هو الصحيح لان
المنطوق هي السنة والسنة تنصرف الى القمرية مطلقا وهي اقل من الشمسية باحد عشر يوما
وذكر في المنشور ان التفاوت بينهما احد عشر يوما وشيء واصحابنا ذكروا في كتبهم هذا
المقدار فلا بد من شرح السنتين حتى يكون المبتدي والمنتهي على يقين من بيانهما اعلم ان السنة
القمرية هي التي تعرف بالاهلة اول شهورها المحرم الى ذي الحجة وهي اثنا عشر شهرا
فالسنة ثلثمائة واربعة وخمسون يوما وذلك لان ستة اشهر من السنة يجيء كل واحد
منها ثلاثين يوما كاملا والستة الاخرى يجيء ناقصة كل واحد منها تسعة وعشرون يوما
والقمرية هي المعروفة عند الناس اما الشمسية فهي ان الشمس اذا كانت في موضع من البروج
فاذا انتهت الى ذلك الموضع يكون سنة كاملة بيانه مثلا ان الشمس اذا كانت في اول نقطة
من الحمل وقطعت فلك البروج وهو ثلثمائة وستون درجة وانتهت الى اخر الحوت الى
اول نقطة من الحمل الذي كانت منه بدات يكون سنة كاملة قال ابو معشر البلخي في
المدخل الكبير ان مقدار سنة الشمس ثلثمائة وخمسة وستون يوما وربع يوم غير جزء من
ثلاثمائة جزء من يوم على ما زعم بطلميوس ذكره في الفصل الخامس من المقالة الثانية

اما كونها شمسية فقد ذكر في الزيج مفصلا ولم يستثن جزءا من ربع يوم وذكر ايامها بالسريانية مفصلا فقال تشرين الاول احد وثلاثون يوما تشرين الثاني ثلاثون يوما كانون الاول احد وثلاثون يوما كانون الثاني احد وثلاثون يوما شباط ثمانية وعشرون يوما وربع يوم اذار احد وثلاثون يوما نيسان ثلاثون يوما ايار احد وثلاثون يوما حزيران ثلاثون يوما تموز احد وثلاثون يوما اب احد وثلاثون يوما ايلول ثلاثون يوما فالسنة ثلثمائة وخمسة وستون يوما وربع يوم والباقي يعلم في موضعه ان شاء الله تعالى **قوله** ويحتسب بايام الحيض وشهر رمضان يعني لا يعوض عن ايام الحيض وشهر رمضان الواقعة في مدة التاجيل ايام اخر بل هي محسوبة من مدة التاجيل وذلك لان الصحابة رضي الله عنهم قدروا مدة التاجيل بسنة ولم يستثنوا منها ايام الحيض وشهر رمضان مع علمهم ان السنة لا تخلو عنها **قوله** ولا يحتسب بمرضه ومرضها لان السنة قد تخلو عنه اي عن المرض يعني لا يكون زمان المرض محسوبا من مدة التاجيل قليلا كان المرض او كثيرا بل يعوض لذلك من ايام اخر لان السنة تخلو عنه فلم يكن في معنى ايام الحيض وشهر رمضان وعلى هذا فتوى المشايخ في الفتاوى وذكر شمس الائمة السرخسي في مبسوطه عن ابي يوسف رحمه الله روايتين في احداهما اذا كان المرض اكثر من نصف الشهر لا يحتسب بمدة المرض على الزوج وان كان دون ذلك يحتسب عليه بالقياس على ايام رمضان فان في الشهر يتسع عليه عشيا نهارا ثم ذلك محسوب عليه فعرفنا ان نصف الشهر وما دونه عفو وفي الرواية الاخرى اذا كانا صحيحين في شيء من السنة ولو في يوم واحد يحتسب عليه بزمان المرض وعلى قول محمد ان مرض احدهما فيما دون الشهر يحتسب عليه بذلك وان كان المرض شهرا لا يحتسب ويزاد في مدته بقدر مدة المرض وان احرمت بحجة الاسلام لم يحتسب على الزوج مدة الخروج لانه لا يقدر على ان يحللها بخلاف ما اذا احرم الزوج حيث يحتسب عليه لان العجز جاء من قبله وان كان الرجل محبوسا في السجن او محبوسا بمهرها فامتنعت من اتيانها الى المجلس لا يحتسب عليه بتلك الايام وان لم تمتنع المراة وكان ثمة خلوة يحتسب لان العجز جاء من قبله ولو هي كانت محبوسة في حق وكان يمكنه الخلوة معها يحتسب عليه بتلك الايام والا فلا ولو هربت لا يحتسب عليه تلك المدة بخلاف ما اذا غاب الزوج حيث يحتسب عليه بذلك لان العجز من جهته قال شمس الائمة السرخسي رحمه الله في شرح الكافي والخنثى اذا كان يبول من مبال الرجال فهو رجل يجوز له ان يتزوج امراة فان لم يصل اليها اجل كما يوجل العنين لان رجاء الوصول يتحقق وان كان يبول من مبال النساء فهي امراة فاذا تزوجت رجلا لم يعلم بحالها ثم علم بذلك فلا خيار للزوج لان الطلاق في يده وهو نظير الرتقاء وقال شمس الائمة البيهقي رحمه الله في الشامل زوج خنثى من خنثى وهما مشكلان على ان احدهما رجل والاخر امراة وجب الوقف في النكاح حتى يتبين فان ماتا قبل التبين لم يتوارثا وفيه ايضا مات وافام رجل بينة انه كانت امراته وكانت تبول من مبال النساء وامراة انه كان زوجها وكان يبول من مبال الرجال لم يقض لاحدهما الا ان ذكرت احدى البينتين وقتا اقدم فيقضى له وهذه المسائل كتبناها تكثيرا للفوائد **قوله** واذا كان بالزوجة عيب فلا خيار للزوج هذا لفظ القدوري في مختصره اعلم ان اصحابنا اتفقوا على ان النكاح لا يفسخ بعيب ما في المراة وقال الشافعي يفسخ بعيوب خمسة وهي الجذام والبرص والجنون والرتق والقرن والجذام علة ردية تحدث من انتشار المرة السوداء في البدن كله فيفسد مزاج الاعضاء وهيئتها وربما افسدت في اخرها فتتاكل الاعضاء وتسقط سقوطا عن تقرح ويتناثر الشعر

ويظهر

ويظهر الجوحة ويستدير الحدقة والبرص بياض يظهر في ظاهر البدن ويكون في بعض الاعضاء دون بعض وربما كان في سائر الاعضاء حتى يصير لون البدن كله ابيض وسببه سوء مزاج العضو الى البرودة وغلبة البلغم والباقي يعرف في موضعه والجنون زوال العقل يقال امراة رتقاء اذا كان لا يستطاع جماعها بان لا يكون لها ثقب سوى المبال والرتق بالتحريك المصدر تقول امراة رتقاء بينة الرتق لا يستطاع جماعها لارتتاق ذلك الموضع منها كذا في الصحاح والقرن يكون في الفرج مانع يمنع سلوك الذكر فيه من عظم وغيره كذا قال صاحب المغرب ثم عند الشافعي اذا ردها الزوج بتلك العيوب انفسخ العقد فلا مهر لها قبل الدخول وان كان دخل بها قبل العلم بالعيب فلها مهر مثلها ويرجع به على من زوجها كذا في شرح الكافي للسرخسي رحمه الله وجه قوله ان النبي صلى الله عليه وسلم تزوج امراة من بني بياضة فوجد بكشحها بياضا فردها وقال دلستم علي وعن عمر رضي الله عنه انه اثبت الخيار للزوج لهذه العيوب ولان المقصود من النكاح قضاء الشهوة طبعا وثبوت النسب شرعا وهذه العيوب تخل بالمقصود حسا او طبعا اما حسا ففي القرن والرتق واما طبعا ففي البرص والجذام والجنون لان الطباع السليمة تنفر عمن به هذه العيوب وربما تسري الى الولد بخلاف العمى والشلل فانهما لا يخلان بالمقصود فاذا ثبت الخلل في المقصود ثبت خيار الفسخ كخيار المراة اذا وجدت زوجها مجبوبا او عنينا ولنا ما روى محمد رحمه الله في الاصل بقوله بلغنا عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه انه قال اذا تزوج المراة فوجد بها قرنا او برصا او جذاما او جنونا فالنكاح جائز لازم له ان شاء طلق وان شاء امسك وقال ابن مسعود رضي الله عنه لا ترد الحرة عن عيب وبهذا علم ان المراد من رد النبي صلى الله عليه وسلم هو رده بالطلاق وكذا اثبات عمر رضي الله عنه الخيار المراد منه خيار الطلاق وهذا لان النكاح لا يحتمل الفسخ بعد تمامه الا ترى انه لا يحتمل الفسخ بالاقالة فلا يفسخ بهذه العيوب كما لا يفسخ بالعيوب الاخر من الزمانة والجرب والبخر والدفر والعمى والشلل لان المستحق بالعقد وهو ملك الوطي حاصل في جميع الصور والفسخ بعدم الكفاءة وخيار البلوغ لا يرد علينا لان ذلك فسخ قبل تمام العقد وذلك امتناع من اتمام العقد وكذلك الفسخ بخيار العتاقة لان ذلك امتناع عن ازدياد الملك عليها قبل التمام ولا نسلم خلل المقصود بتلك العيوب حسا لان الوطي يتحقق في صورة البرص والجنون والجذام وكذا في الرتق والقرن ايضا لان الوطي يمكن بالفتق والشق وقد شاهدنا ذلك ببعض اطراف العراق حيث تزوج بواب المدرسة امراة فوجدها رتقاء ففتقها النساء فوصل اليها فلو كان لنفرة الطبع اثر في الفسخ لثبت الفسخ في البخر والدفر والقروح الفاحشة فعلم انه لا اثر له اصلا تحقيقه ان الاستيفاء ثمرة وفوتها لا يوثر في فسخ النكاح ولهذا اذا مات احد الزوجين بعد عقد النكاح يفوت الاستيفاء ولا ينفسخ النكاح ولهذا لا يسقط شيء من المهر والجب والعنة لا يثبتان لها حق الفسخ بل يثبتان لها حق المطالبة بالامساك بالمعروف فاذا فات ذلك تعين التسريح وهو طلاق عندنا **قوله** لان الاستيفاء من الثمرات اي لان استيفاء المقصود من ثمرات النكاح وقد مر بيانه **قوله** واذا كان بالزوج جنون او جذام او برص فلا خيار لها عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لها الخيار وهذه من مسائل القدوري ايضا وجه قوله انه تعذر الوصول الى حقها فكان لها الخيار في رده كما في الجب والعنة ولنا ان المقصود هو الوطي وحل الاستمتاع ويحصل ذلك من المجنون والمجذوم والابرص غاية ما في الباب ان النفرة تحصل طبعا وبذلك لا يثبت حق الرد كما في البخر

والدفر والقروح الفاحشة بخلاف الجب والعنة فان المقصود ثمه فايت اصلا والزوج في امساكها من
غير حاجة ظالم فيجب دفع الظلم وهنا حاجته صادقة وليس بظالم ولان هذه العيوب لا يتم الرضا
ولا يعتبر بتمامه في باب النكاح الا ترى ان احد الزوجين اذا اشترط على صاحبه صفة الجمال او البكارة
فظهر بخلاف ذلك لا يثبت الخيار وهذا لو تزوجها بشرط انها بكر شابة جميلة فوجدها ثيبا عجوزا
شوها لها شق مايل ولعاب سايل لا يثبت له الخيار **قوله** بخلاف جانبه اي بخلاف ما اذا
كان الضرر يحصل في جانبه من جهة المراة بان وجدت هذه العيوب فيها لان الزوج يقدر على
دفع هذا الضرر بالطلاق ولا يقدر المراة على دفع الضرر اذا لم يكن لها حق الرد **قوله**
بالمقصود المشروع له النكاح اي بالمقصود الذي شرع النكاح لاجله وذلك المقصود هو الوطي
قوله فافترقا اي افترق المقيس وهو الجنون والبرص والجذام والمقيس عليه وهو الجب
والعنة

باب العدة

لما كان العدة اثر الفرقة بين
الزوجين ذكرها بعد ذكر انواع الفرقة من الطلاق والايلاء والخلع واللعان وفرقة العنين والمجبوب
وغير ذلك لان الاثر يعقبوا المؤثر لا محالة قال الجوهري عدة المراة ايام اقرائها وقال في شرح
الاقطع هي التربص التي تلزم المراة بزوال النكاح او شبهته ثم اعلم ان العدة على اربعة عشر وجها
عدة بثلاثة قروء وعدة بقرئين وعدة بثلاثة اشهر وعدة بشهر ونصف وعدة باربعة اشهر
وعشرة ايام وعدة بشهرين وخمسة ايام وعدة بثلاث حيض واربعة اشهر وعشر وعدة بوضع
الحمل او الى سنة اشهر وعدة الى سنتين سنة وثلاثة اشهر وعدة الى شهرين وتسعة وعشرين
يوما وثلاث حيض بعدها وعدة بجميع العمر وعدة بثلاث حيض الا يوما واربعة اشهر وعشر
بعده وعدة بقرئين الا يوما وشهرين وخمسة ايام بعد وعدة بثلاث حيض في الحياة والوفاة اما
العدة الاولى فعدة الحرة المطلقة ذات الحيض واما الثانية فعدة الامة المطلقة اذا كانت من
ذوات الحيض واما الثالثة فعدة الحرة المطلقة التي لا تحيض صغيرة كانت او كبيرة واما
الرابعة فعدة الامة المطلقة التي لا تحيض صغيرة كانت او كبيرة واما الخامسة فعدة المراة
المتوفى عنها زوجها واما السادسة فعدة الامة المتوفى عنها زوجها واما السابعة فتتصور في
اربعة مواضع فيمن طلق زوجته الحرة طلاقا باينا وهو مريض ثم مات فعدتها ثلث منه
او كان له امراتان او ثلاث او اربع فقال احداكن طالق فمات قبل البيان يجب على كل واحدة
منهن اربعة اشهر وعشر تستكمل فيها ثلاث حيض او ام ولد لرجل هي منكوحة لاخر فمات المولى
والزوج وبين موتهما شهران وخمسة ايام ولا يعلم ايهما مات اولا فعدتها اربعة اشهر وعشر
تستكمل فيها ثلاث حيض وان تعلم ان بين موتهما كم كان ولا من مات اولا فعدتها اربعة اشهر وعشر
تستكمل فيها ثلاث حيض عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وعند ابي حنيفة رضي الله عنه عدتها
اربعة اشهر وعشر لا حيض فيها وكذلك ان علم ان بين موتهما اقل من شهرين وخمسة ايام فعدتها
اربعة اشهر وعشر لا حيض فيها بلا خلاف وان مات المولى اولا وهي تحت زوج او في عدة منه
من طلاق رجعي ثم مات الزوج تعتد باربعة اشهر وعشر وان كانت العدة من طلاق باين
لا يلزمها عدة الوفاة واما الثامنة فعدة الطلاق والوفاة والعتاق بوضع الحمل اذا كانت
حاملا فان بقي الحمل الى سنتين من يوم طلقها ثبت نسبه وتنقضي العدة بوضع الحمل وان جات
به لاكثر من سنتين بيوم لا يثبت نسبه ويحكم بانقضاء عدتها منذ ستة اشهر ويسترد نفقتها
ان كانت قبضتها في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف تنقضي عدتها بوضع الحمل

وان لم

وان لم يثبت نسبه واما التاسعة فهي ان ينقطع حيضها بعد الطلاق فتصبر الى ان يصير سنها
ستين سنة ثم تعتد بثلاثة اشهر ثم تتزوج وكذلك لو اعتدت بقرئين ثم انقطع الحيض تصبر
الى ان يصير سنها ستين سنة ثم تعتد بثلاثة اشهر وان كان عادة امهاتها واخواتها انقطاع
الحيض قبل ستين سنة يوخذ بعادتهن وان كانت عادتهن انقطاع الدم بعد ستين لا يوخذ
بذلك ويوخذ بستين واما العاشرة فهي صغيرة طلقها زوجها فمضت ثلاثة اشهر الا يوما
ثم حاضت فما لم تحض ثلاث حيض لا تنقضي عدتها او كانت ايسة فاعتدت بثلاثة اشهر الا يوما ثم حاضت فما
لم تحض ثلاث حيض لا تنقضي عدتها واما الحادي عشر امراة المفقود ما لم يمت اقرانه زوجها لا يرتفع
النكاح قال بعضهم الى مائة سنة وقال بعضهم الى مائة وعشرين سنة واما الثانية عشر فرجل
طلق امراته طلاقا رجعيا فاعتدت بثلاث حيض الا يوما فمات الزوج يلزمها اربعة اشهر وعشر
واما الثالثة فرجل طلق امراته الامة رجعية فاعتدت بقرئين الا يوما فمات زوجها يلزمها
شهران وخمسة ايام واما الرابعة عشرة فرجل عتق ام ولده او مات عنها او وطي امراة في نكاح فاسد
او شبهة عقد ففرق بينهما او مات عنها تعتد عنه بثلاثة اقراء فان ايست ام ولده والموطوءة في
نكاح فاسد او شبهة عقد من صغير او كبير فعدتهن ثلاثة اشهر في الوفاة والحياة جميعا كذا
ذكر الفقيه ابو الليث في خزانة الفقه **قوله** واذا طلق الرجل امراته طلاقا باينا او رجعيا
او وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق وهي حرة ممن تحيض فعدتها ثلاثة اقراء وهذا لفظ القدوري
رحمه الله في مختصره لم يذكر قوله او رجعيا في هذا الموضع في اكثر النسخ لان الطلاق الرجعي
مر حكمه ومقدار عدته في باب الرجعة واراد بالفرقة بغير طلاق الفرقة بخيار البلوغ والعتاق
وعدم الكفاءة وملك احد الزوجين صاحبه والفرقة في النكاح الفاسد والردة والاصل في ذلك
قوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء والفرقة بغير طلاق حكمها حكم الطلاق
في العدة لانها فرقة طارية على النكاح فصارت كالطلاق ولان العدة موضوعة لمعنى تعرف
براءة الرحم حتى لا يشتبه النسب وهذا المعنى يشمل الجميع لكن هذا فيما اذا كانت المراة مدخولة
اما اذا لم تكن مدخولة فلا عدة عليها سواء كانت الفرقة بطلاق او بغير طلاق وذلك لقوله
تعالى فان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها والخلوة حجة
كالدخول فاسدة كانت او صحيحة في حق العدة احتياطا استحسانا لتوهم الشغل وقد مر بيانه
في باب المهر **قوله** وهذا يتحقق فيها اي التعرف عن براءة الرحم يتحقق في الفرقة بغير طلاق
قوله والاقراء الحيض عندنا هذا لفظ القدوري وقال الشافعي الاقراء الاطهار وثمرة
الخلاف فيما اذا طلقها في الطهر فعنده ينقضي العدة كما ترى قطرة من الدم من الحيضة الثالثة
وعندنا لا ينقضي ما لم تطهر منها وقد روي عن عمر وعلي وعبد الله وابي موسى رضي الله عنهم
ان الاقراء الحيض وروي عن زيد بن ثابت وابن عباس وابن عمر وعايشة رضي الله عنهم ان الاقراء
الاطهار كذا ذكره ابو بكر الرازي رحمه الله اعلم ان القرء مشترك في لغة العرب جاء بمعنى الحيض
والطهر جميعا كذا قال ابن السكيت وغيره من اهل اللغة في كتاب الاضداد وشهرته تغني
لا ينكره احد الا من لا يعرف اللغة ولا يعتني بجهله والقرء بفتح القاف كذا قال الجوهري وجمعه
اقراء وقروء وكذا قال القتبي وروي في الكشاف ضم القاف ايضا ثم المشترك لا عموم له في
موضع الاثبات وانما يترجح احد الوجهين بالدليل وجه قول الشافعي ان النبي صلى الله
عليه وسلم قال لعمر رضي الله عنه حين طلق ابن عمر امراته وهي حايض مره ان يراجعها

ثم ليمسكها حتى تطهر ثم ليطلقها ان شاء ذلك بيانه ان النبي صلى الله عليه وسلم امره ان يطلقها
في الطهر لا الحيض فدل على ان الاقراء هي الاطهار يدل عليه قول الاعشى وفي كل عام انت جاشم
غزوة تشد لاقصاها عزيم عزائكا مورثة مالا وفي الحي رفعة لما ضاع فيها من قروء نسائكا
بيانه ان المراد من القرء الاطهار لانه مدح رجلا بغزوة حيث اضاع قروء نسائه اي لم
اطأهن باشتغاله بالغزو ولم يغشهن وهذا لان النساء لا يجامعن الا في الاطهار ولنا
نقول لان القرء جاء في لغة العرب بمعنى الوقت يقال رجع فلان لقرئه اي لوقته الذي كان
يرجع فيه وكذا القارئ جاء بمعنى الوقت كذا ذكر العيني والجوهري وصاحب الكشاف فعلى هذا يكون
المراد من المذكور في البيت مطلق الوقت لا حيضا ولا طهرا قال مالك بن الحارث الهذلي كرهت
العقر عقر بني شليل اذا هبت لقارئها الرياح اي لوقت هبوبها وشدة بردها العقر قصرا
ومكا كذا قيل في شرح البيت وشليل من بجيلة وهو جد جرير بن عبد الله البجلي وانما كرهه لانه
قتل فيه ولنا ما روي في السنن والجامع الترمذي مسندا الى عدي بن ثابت عن ابيه عن جده عن
النبي صلى الله عليه وسلم المستحاضة تدع الصلاة ايام اقرائها التي كانت تحيض فيها بيانه ان المراة
تترك الصلاة ايام الحيض لا الطهر فلما كان الاختلاف في اللغة في معنى القرء رجعنا الى لغة النبي صلى
الله عليه وسلم وروي في السنن مسندا الى عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم قال طلاق
الامة تطليقتان وقرؤها حيضتان وروي وعدتها حيضتان بيانه ان المعتبر في العدة لو كان الطهر
لقوله لقال عليه السلام وعدتها طهران فدل على ان المراد من المذكور في الاية هو الحيض لا الطهر ولان
الله تعالى قال في عدة الايسة واللائي يئسن من المحيض الاية وجعل عدتهن بالاشهر فجعل الشهر
خلفا عن الحيض فلو كان المعتبر في العدة هو الطهر لقال تعالى يئسن من الطهر ولم يقل يئسن من
المحيض ولان الثلاثة اسم خاص لعدد معلوم فلا ينطلق اسم الثلاثة على ما دونها كما يقال رأيت
ثلاثة رجال فلا يجوز ان يراد رجلان وليس هذا كقوله تعالى الحج اشهر معلومات والمراد شهران
وبعض الثالث لانه لم يحصرها بعدد وانما ذكرها بلفظ الجمع والاقراء محصورة بعدد وهو
الثلاثة فعلى ما قال الشافعي يلزم ابطال العدد المنصوص فلا يجوز لان الطهر الذي وقع فيه
الطلاق محسوب عند الشافعي رحمه الله فيكون العدة طهرين وبعض الثالث ولا يقال ثلاثة
اطهار موجودة فلا يلزم بطلان العدد لانا نقول المراد من الطهر هو الكامل منه وهو ما بين
الدمين بدلالة الاجماع لانه لو لم يكن كذلك لحصلت ثلاثة اطهار في ثلاثة ايام بل في ثلاث
ساعات وذاك لا يعتبر بالاجماع ولانه روي في شرح الاثار مسندا الى عمر وعلي ومعاذ بن جبل
وابي الدرداء وزيد بن ثابت رضي الله عنهم فيما اذا طلق الرجل امراته انهم كانوا يجعلون له
الرجعة حتى تغتسل من الحيضة الثالثة فعلم انهم جعلوا الاقراء الحيض يدل على هذا قول
الراجز ايضا • يا رب ذي ضغن وضب فارض • له قروء كقروء الحائض • والضب هنا بمعنى
الحقد بيانه انه اضاف القرء الى الحائض ولا طهر للحائض يريد ان عدوانه يهيج فيجيء كحيض الحائض
في اوقات معلومة ولان المقصود تعرف براءة الرحم وذلك تحصل بالدم لا بالطهر والجواب عما
تمسك بحديث ابن عمر رضي الله عنهما فنقول روى البخاري الحديث في صحيحه اتم منه فقال حدثنا
اسماعيل بن عبد الله قال حدثني مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما انه طلق امراته
وهي حائض على عهد رسول الله عليه السلام فسأل عمر بن الخطاب رسول الله عليه السلام عن ذلك
فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء

امسك بعد وان شاء طلق قبل ان يمس فتلك العدة التي امر الله ان يطلق لها النساء بيانه ان النبي صلى
الله عليه وسلم لم يعتبر ذلك الطهر الذي بعد المراجعة بل اعتبر الطهر الثاني الذي بعد الحيضة
الفاصلة بين الطهرين فعلم ان المراد من القرء هي الحيض لا الاطهار **قوله** فيلتحق بيانا به اي
يلتحق قوله عليه السلام طلاق الامة تطليقتان وعدتها حيضتان بالكتاب مبينا او من حيث
البيان بيانه ان خبر الواحد وان كان لا يصلح الزيادة به على كتاب الله تعالى يصلح بيانا لما في
الكتاب من الاجمال او الاشتراك فكان قوله عليه السلام وعدتها حيضتان بيانا للمشترك في قوله
تعالى ثلاثة قروء فكانت الحيض هي المرادة **قوله** وان كانت لا تحيض من صغر او كبر فعدتها ثلاثة
اشهر وهذا لفظ القدوري في مختصره والاصل فيه قوله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم
ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة اشهر واللائي لم يحضن والمعنى واللائي لم يحضن فعدتهن ثلاثة اشهر لكن
حذف لدلالة المذكور وان ارتبتم اي شككتم في دم البالغات مبلغ الياس اهو دم الحيض ام دم
الاستحاضة واذا كانت عدة المرتاب بها فغير المرتاب بها اولى وروى البخاري عن مجاهد قال ان لم
تعلموا يحضن او لا تحيض قال الولوالجي في فتاواه اذا وجبت العدة بالشهور عن الطلاق والوفاة
فان اتفق ذلك في خلال الشهر فعند ابي حنيفة واحدى الروايتين عن ابي يوسف يعتبر في
ذلك عدد الايام تسعون يوما في الطلاق ومائة وثلاثون يوما في الوفاة لانا نعتبر الشهر الاول
بالايام فكذا ما بعده لانه بناء عليه وعند محمد وهو قول ابي يوسف الاخر كذا في التحفة تعتبر
الشهر الاول بالايام ويكمل من الشهر الاخير وباقي الشهور بالاهلة لان الاصل هو الاهلة ولا
خلاف في الايقاع في اول الشهر حيث يعتبر الشهور بالاهلة ناقصة كانت او كاملة وكذا لا اختلاف
في حق تفريق الطلاق حيث تعتبر بالايام وذلك ثلاثون يوما وانما الخلاف في حق انقضاء العدة
كذا قال شمس الائمة السرخسي ثم اعلم ان في حد الاياس اختلافا ذكره في الفتاوى الصغرى وقال
حد الاياس غير مقدر بشيء وفي رواية مقدر فان رأت بعد ذلك دما هل يكون حيضا فعلى الرواية
التي لم يقدر الاياس بشيء يكون حيضا وقال بعضهم يكون حيضا على الروايات اجمع لان الحكم بالاياس
كان بالاجتهاد فان رأت الدم والنص يقتضي كونه حيضا وجد النص بخلاف الاجتهاد فبطل الحكم
بالاياس الذي ثبت بالاجتهاد لكن هذا اذا رأت دما اسود واحمر اما اذا رأت اصفر او اخضر لا يكون
حيضا لان كونه حيضا بالاجتهاد فلا يبطل به حكم الاياس الثابت بالاجتهاد ثم على رواية
التقدير اختلفت الروايات فعن محمد في الروميات خمس وخمسون سنة وفي المولدات ستون سنة
لان الروميات اسرع تكسرا وعن ابي حنيفة رضي الله عنه من خمس وخمسين الى ستين وقال محمد بن
مقاتل خمسون سنة وهكذا روي عن عائشة رضي الله عنها وهكذا قال ابن المبارك وسفيان
الثوري وقال الزعفراني خمسون واختار في الفتاوى الصغرى والولوالجي وخلاصة الفتاوى
خمسا وخمسين سنة **قوله** وكذا التي بلغت بالسن ولم تحض باخر الاية يعني ان المراة اذا
لم يوجد منها علامة البلوغ من الحيض والحبل فحكم عليها بالبلوغ بالسن بخمس عشرة سنة على قول
ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وبسبع عشرة على قول ابي حنيفة رضي الله عنه فطلقها زوجها يكون
عدتها ثلاثة اشهر لانها داخلة تحت قوله تعالى واللائي لم يحضن لانها لم تحض بعد قال في تتمة الفتاوى
اختلف مشايخنا في وجوب العدة على الصغيرة واكثرهم لا يطلقون لفظ وجوب العدة لانها غير
مخاطبة لكن ينبغي ان يقال تعتد وقال في المبسوط السرخسي قال بعض علمائنا هي لا تخاطب بالاعتداد
ولكن الولي يخاطب بان لا يزوجها حتى تنقضي مدة العدة مع ان العدة مجرد مضي المدة فثبوتها في حقها

لا يؤدي الى توجيه خطاب الشرع عليها **قوله** وان كانت حاملا فعدتها ان تضع حملها وهذا لفظ القدوري اي ان كانت المطلقة حاملا فعدتها وضع الحمل لقوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن والحمل الذي تنقضي به العدة هو الذي استبان خلقته وان لم تستبن خلقته اي لم ينقض به العدة كالنطفة **قوله** وان كانت امة فطلقها زوجها فعدتها حيضتان اي ان كانت المراة المطلقة امة فعدتها حيضتان وكذلك عدة المدبرة والمكاتبة وكذلك عدة المستسعاة على قول ابي حنيفة رضي الله عنه ان كانت ممن تحيض حيضتان لما روي في السنن مسندا الى عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال طلاق الامة تطليقتان وعدتها حيضتان وقال عمر رضي الله عنه ان استطعت لجعلتها حيضة ونصفا ولان الرق منصف بدليل قوله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب لكن الحيضة لما لم تكن متجزية لعدم احتمال التنصيف لان الدم يدر تارة وينقطع اخرى فتعذر التنصيف لم تكن عدتها حيضة ونصفا بل كانت حيضتين **قوله** واليه اشار عمر رضي الله عنه الضمير في اليه راجع الى مدلول قوله لا يتجزى اي الى عدم التجزي وقوله لجعلتها اي عدة الامة لان اول قول عمر عدة الامة حيضتان ولو استطعت لجعلتها حيضة ونصفا **قوله** وان كانت لا تحيض فعدتها شهر ونصف اي ان كانت الامة المطلقة لا تحيض من صغر او كبر فعدتها شهر ونصف وكذا عدة المدبرة والمكاتبة والمستسعاة على قول ابي حنيفة رضي الله عنه ان كانت ممن لا تحيض شهر ونصف وذلك لان عدتها نصف عدة الحرة والشهر قابل للتجزي فصارت عدتها شهرا ونصفا عملا بتنصيف الرق لانه منصف لذوات الاعداد كالجلدات في الحدود وهذا احد اقوال الشافعي رحمه الله وقال في قول اخر ثلاثة اشهر وقال في قول اخر شهران كذا ذكر اقوال الشافعي في شرح الاقطع رحمه الله **قوله** وعدة الحرة في الوفاة اربعة اشهر وعشرا علم انه ذكر حكم اقوال الشافعي في شرح الاقطع رحمه الله **قوله** وعدة الحرة في الوفاة اربعة اشهر وعشرا علم انه ذكر حكم العدة في الطلاق والفرقة الواقعة بينهما بغير طلاق بالحيض اذا كانت المراة ممن تحيض وبالاشهر اذا كانت ممن لا تحيض وبوضع الحمل اذا كانت حاملا فشرع الان في عدة الوفاة فاذا كانت المراة حرة فمات عنها زوجها فعدتها اربعة اشهر وعشر سوا كانت ممن تحيض او ممن لا تحيض مسلمة كانت او كتابية صغيرة كانت او كبيرة مدخولا بها او غير مدخول بها والاصل فيه قوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا ذكر الازواج مطلقا فدل على ان هذه العدة لا تجب الا بنكاح صحيح لان الزوجية المطلقة لا تحصل الا بعد صحة النكاح قال بعض السلف على المتوفى عنها زوجها عدتان الاطول وهو الحول وهو العزيمة والاقصر وهو الرخصة وهو اربعة اشهر وعشر استدلالا بقوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا وصية لازواجهم متاعا الى الحول غير اخراج وجوابه انه منسوخ بقوله تعالى يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا الا ترى ان الوصية للزوجة بالنفقة والسكنى الى الحول كانت في ابتدا الاسلام فانتسخ الوصية للوارث بالحديث المشهور ثم اعلم ان المعتبر في العدة عشرة ايام وعشر ليال من الشهر الخامس ونقل في المبسوط عن عبد الله بن عمرو بن العاص كان يقول عشر ليال وتسعة ايام لظاهر قوله تعالى وعشرا الا ان المراد من العشر الليالي وجوابه ان الليالي تستتبع ما بازائها من الايام قال ابو بكر الرازي رحمه الله وقد كانت عدة المتوفى عنها زوجها سنة

بقوله

بقوله تعالى والذين يتوفون منكم الى قوله غير اخراج فحكم فيها بثلاثة اشيا احدها ايجاب العدة سنة والاخرى نفقتها في الحول في مال الزوج والثالث منع الخروج فنسخ منها ما عدا الاربعة الاشهر والعشر ونسخ وجوب نفقتها في مال الزوج بما جعل لها من الربع والثمن في ماله وبقي منع الخروج في الاربعة الاشهر والعشر ذكره في شرح الطحاوي **قوله** وعدة الامة شهران وخمسة ايام يعني اذا كانت المنكوحة امة فمات عنها زوجها فعدتها شهران وخمسة ايام وكذلك الحكم في المدبرة والمكاتبة وام الولد والمستسعاة على قول ابي حنيفة رضي الله عنه وبه صرح في شرح الطحاوي وذلك لان الرق منصف والشهور قابلة للتنصيف فتتنصف عدتها اما اذا مات مولى ام الولد فعدتها ثلاث حيض او ثلاثة اشهر على ما يجي بعد هذا ان شا الله تعالى **قوله** وان كانت حاملا فعدتها ان تضع حملها هذا لفظ القدوري في مختصره يعني ان المتوفى عنها زوجها اذا كانت حاملا فعدتها بوضع الحمل سوا كانت حرة او امة او ام ولد وهو مذهب عمر وابن مسعود وابي مسعود البدري رضي الله عنهم ذكره ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي والاصل فيه قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن وكان علي رضي الله عنه يقول عدتها ابعد الاجلين اما بوضع الحمل او باربعة اشهر وعشر وهو قول ابن عباس رضي الله عنه كذا في الكشاف وجه قول علي رضي الله عنه ان هذه الاية توجب عليها العدة بوضع الحمل وقوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا يوجب العدة بالاشهر لانها تتناول الحامل والحائل جميعا فيجمع بينهما احتياطا ولنا ما روى مالك في الموطا عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار ان عبد الله بن عباس وابا سلمة بن عبد الرحمن بن عوف اختلفا في المراة تنفس بعد وفاة زوجها بليال فقال ابو سلمة اذا وضعت ما في بطنها فقد حلت فقال ابن عباس اخر الاجلين فقال ابو هريرة رضي الله عنه مع ابن اخي يعني ابا سلمة فارسلوا كريبا مولى ابن عباس الى ام سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم يسالها عن ذلك فجاءهم فاخبرهم انها قالت ولدت سبيعة الاسلمية بعد وفاة زوجها بليال فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال قد حللت فانكحي من شئت وقال في الجامع الترمذي مسندا الى ابراهيم عن الاسود عن ابي السنابل بن بعكك قال وضعت سبيعة بعد وفاة زوجها بثلاثة وعشرين او خمسة وعشرين يوما فلما تعلت تشوفت للنكاح فانكر عليها ذلك فذكر ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال ان تفعل فقد حل اجلها قال ابو عيسى حديث ابي السنابل حديث مشهور والعمل على هذا الحديث عند اكثر اهل العلم من اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وغيرهم وهو قول سفيان ومالك والشافعي واحمد واسحاق وروي في السنن مسندا الى مسروق عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال من شا لاعنته لانزلت سورة النسا القصرى بعد الاربعة الاشهر وعشر وروى مالك ايضا في الموطا عن هشام بن عروة عن ابيه عن المسور بن مخرمة ان سبيعة الاسلمية نفست بعد وفاة زوجها بليال فجات رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستاذنته فقال لها النبي صلى الله عليه وسلم قد حللت فانكحي وروى في الموطا ايضا عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه انه قال لو ولدت وزوجها على سريره لم يدفن بعد لحلت وروى اصحابنا في المبسوط وغيره عن ابن مسعود رضي الله عنه انه قال من شا باهلته ان سورة النسا القصرى نزلت بعد التي في سورة البقرة اي من شا المباهلة اي الملاعنة باهلته وكانوا يقولون اذا اختلفوا في شي بهلة الله على الكاذب منا قالوا هي مشروعة

في زماننا ايضا اراد بسورة النسا القصرى يا ايها النبي اذا طلقتم النسا وهي بعد سورة التغابن
واما سورة النسا الطولى فهي بعد آل عمران وهي قوله تعالى يا ايها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم
من نفس واحدة الى آخر السورة واراد بالتي في سورة البقرة الآية التي فيها وهي قوله تعالى
والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا يعني ان قوله
تعالى واولات الاحمال في سورة النسا القصرى وهو آخر الآيتين نزولا فكانت ناسخة لقوله
تعالى اربعة اشهر وعشرا في حق عدة الحامل وقاضية عليه والبهل اللعن يقال عليه بهلة
الله بفتح البا وضمها اي لعنة الله وتباهل القوم وابتهلوا اذا تلاعنوا والمباهلة الملاعنة
وذلك انهم اذا اختلفوا في شيء اجتمعوا وقالوا بهلة الله على الظالم منا كذا في المغرب قوله
ولو وضعت وزوجها على سريره لانقضت عدتها هذا مبالغة في سرعة انقضاء عدتها بوضع الحمل
والسرير التخت والمراد منه الذي يغسل عليه الميت قوله واذا ورثت المطلقة في المرض
فعدتها ابعد الاجلين وهذا لفظ القدوري فالذي ذكره قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
عليها ثلاث حيض اعلم ان المريض مرض الموت اذا طلق امراته ثلاثا او واحدة بائنة ثم مات وهي
في العدة ترث باتفاق اصحابنا وقد استوفينا بيانه في باب طلاق المريض وفي العدة اختلاف
بينهم على الوجه المذكور فمعنى قوله ابعد الاجلين ان الاجلين اللذين هما ثلاث حيض واربعة اشهر
وعشر ايهما كان ابعد فانها تعتد بذلك احتياطا حتى لو ابانها ثم مات بعد شهر فتم اربعة اشهر
وعشرة ايام بعد الموت وما حاضت في هذه المدة الا حيضة فعليها حيضتان اخريان وعند ابي
يوسف رحمه الله اذا رات ثلاث حيض ولم تتم بعد اربعة اشهر وعشرة ايام تنقضي عدتها لابي
يوسف رحمه الله ان النكاح منقطع بالطلاق لا بالوفاة فلا يلزمها عدة الوفاة بخلاف ما اذا
كان الطلاق رجعيا حيث لم ينقطع فوجب عليها عدة الوفاة وثبوت الارث لها بالفرار لا بالزوجية
فلم يستلزم ثبوته عدة الوفاة ولهذا اذا مات المرتد او قتل لم ترثه امراته المسلمة ومع
هذا لا يلزمها عدة الوفاة لان النكاح انقطع بالردة لا بالموت ولهما ان الارث لما ثبت لها باعتبار
قيام النكاح حكما لان المال لا يثبت بالشبهة فلان يثبت عدة الوفاة والعدة يثبت بالشبهة
اولى فيجمع بين العدتين احتياطا لانها بائنة حقيقة متوفى عنها زوجها حكما ولا نسلم ان امراة
المرتد لا يلزمها عدة الوفاة بل يلزمها عدة الوفاة عندنا كذا قال الكرخي رحمه الله في مختصره
فلا يرد علينا ولئن سلمنا فنقول انما لم يلزمها عدة الوفاة لانها لم ترثه بالوفاة لان المسلمة لا ترث
الكافر بل ورثته مستندا استحقاق الميراث الى وقت الردة فلم يعتبر النكاح قائما الى وقت
الموت فلذلك لزمها العدة بالحيض وهنا لما ورثته بالوفاة جعل النكاح قائما حكما الى وقت
الموت فظهر الفرق قوله فان اعتقت الامة في عدتها من طلاق رجعي انتقلت عدتها
الى عدة الحرائر وهذه من مسائل القدوري اعلم ان الامة المنكوحة اذا طلقها زوجها رجعيا
ثم اعتقها مولاها في عدتها تحولت عدتها الى عدة الحرائر من وقت الطلاق فعليها ان تعتد
بثلاث حيض ان كانت ممن تحيض وبثلاثة اشهر ان كانت ممن لا تحيض اما اذا طلقها زوجها
طلاقا بائنا او ثلاثا او مات عنها ثم اعتقت في العدة لم تتحول عدتها الى عدة الحرائر فعليها ان
تعتد بحيضتين او بشهر ونصف او بشهرين وخمسة ايام على حسب اختلاف حالها وانما انتقل
عدتها في الرجعي لقيام النكاح فانه لما كان باقيا وهي في العدة كملت العدة لان كمال النكاح يستدعي
كمال العدة بخلاف صورة الابانة والموت فان العتق صادف زوال ملك النكاح من كل

وجه فلم ينتقل عدتها كالمطلقة الرجعية اذا انقضت عدتها ثم اعتقت فان قيل
العدة حكم زوال الزوجية وحكم الزوال يثبت عند الزوال فينبغي على هذا ان لا تتحول العدة في الرجعي
ايضا لانها عند الزوال امة ولهذا تعتد من وقت الطلاق قلنا
انما تحولت العدة لان سببها وهو الزوال متجدد ليس بمستقر فكانت متجددة ايضا لتجدد سببها فتعتبر
ولهذا انتقل بالموت من الاقراء الى الشهور بخلاف البائن فان سببه مستقر ليس بمتجدد فلم تتحول
العدة بالعتق ونقل الشيخ ابو نصر البغدادي عن الشافعي قولين في كل واحد من الرجعي والبائن في
احدهما تنتقل فيهما وفي الآخر لا تنتقل فيهما وقال في وجيزهم ولو عتقت في اثنا العدة فهي كالحرة
في قول وكالامة في قول وفي القول الثالث ان كانت رجعية التحقت بالحرة وان كانت بائنة فتعتد
بتزويج قوله آيسة فاعتدت بالشهور ثم رات الدم انتقض ما مضى من عدتها وعليها ان
تستانف العدة بالحيض هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان الشهور في الآيسة بدل عن
الحيض ولا يعتبر بالبدل مع القدرة على الاصل فلما رات الدم علم ان الياس عن الاصل لم يكن
متحققا والشرط هو الياس الى الموت كالفدية في الشيخ الفاني فاستانفت بالحيض قال في شرح
الاقطع رحمه الله هذا الذي ذكره ظاهر على الرواية التي لم يقدر اصحابنا فيها مقدارا للاياس
فاذا ظنت انها قد ايست ثم رات الدم تبين انها لم تكن آيسة فلم تعتد بالشهور واما على الرواية
التي قدروا فيها للاياس مقدارا فاذا بلغت ذلك المقدار ثم رات الدم بعده لم يكن حيضا كما تراه
الصغيرة التي لا تحيض مثلها فاما الصغيرة اذا اعتدت ببعض الشهور ثم بلغت انتقلت
عدتها الى الحيض ونقل في فصول الاستروشني عن حيض منهاج الشريعة قال حكي عن مالك
انه قال في المراة اذا طلقها زوجها ومضى عليها ستة اشهر ولم تر الدم يحكم باياسها حتى تنقضي
عدتها بعد ذلك بثلاثة اشهر وروي عن ابن عمر رضي الله عنهما مثل ذلك فعلى هذا في ممتدة
الطهر قبل ان تبلغ حد الاياس وهو خمس وخمسون سنة اذا طلقها زوجها واعتدت بثلاثة اشهر
بعد ستة اشهر فقضى بذلك قاض ينبغي ان ينفذ لانه مجتهد فيه وهذه المسالة يجب حفظها
فانها كثيرة الوقوع قلت لنا نظر في هذه الرواية لان الرواية في الموطا قد صحت عن مالك
بثلاثة اشهر بعد تسعة اشهر لا بعد ستة اشهر وكذلك روى مالك فيه عن عمر بن الخطاب
لا عن ابن عمر والظاهر ان ما ذكره في الفصول سهو من الكاتب الاترى ان مالكا روى عن
يحيى بن سعيد وعن يزيد بن عبد الله بن قسيط الليثي عن سعيد بن المسيب انه قال قال
عمر بن الخطاب ايما امراة طلقت فحاضت حيضة او حيضتين ثم رفعتها حيضتها فانها
تنتظر تسعة اشهر فان بان بها حمل فذلك والا اعتدت بعد التسعة اشهر ثلاثة اشهر ثم
حلت وقال مالك في الموطا ايضا الامر عندنا في المطلقة التي ترفعها حيضتها حين يطلقها
زوجها انها تنتظر تسعة اشهر فان لم تحض فيهن اعتدت ثلاثة اشهر فان حاضت قبل
ان تستكمل الاشهر الثلاثة استقبلت الحيض بويبن مسئلة المنظومة لو طلقت من طهرها
ممتد فالاشهر التسعة مكث بعدوا بالشهور بعدها تعتد قوله والمنكوحة نكاحا فاسدا
والموطوءة بشبهة عدتهما الحيض في الفرقة والموت وهذا لفظ القدوري في مختصره اراد بالنكاح
الفاسد النكاح بغير شهود ونكاح الاخت في عدة الاخت ونكاح الخامسة في عدة الرابعة واراد
بالموطوءة عن شبهة ما اذا زفت اليه غير امراته قال الحاكم الشهيد رحمه الله في الكافي واذا
دخل الرجل بالمراة على وجه شبهة او نكاح فاسد فعليه المهر وعليها العدة ثلاث حيض ان

كانت حرة وحيضتان ان كانت امة وسواء مات عنها او فرق بينهما وهو حي فان كانت لا تحيض من صغر او كبر فعدة الحرة ثلاثة اشهر وعدة الامة شهر ونصف اعلم انه انما استوى الحالان الفرقة والموت لان العدة في النكاح الفاسد والوطي بشبهة وجبت لمعرفة خلو الرحم عن الولد لئلا يشتبه النسب لا لقضاء حق النكاح لانه لا حرمة للنكاح الفاسد والوطي بشبهة فلم يختلف بالحياة والموت كعدة ام الولد واقيم الاشهر مقام الحيض في حق من لا تحيض الحاقا للفاسد بالصحيح لان الاصل هو الصحيح فان قيل لو كان المقصود التعرف لم يشترط ثلاث حيض لحصول التعرف بالحيضة الواحدة قلنا انما اشترطت الثلاث ليحصل اليقين في فراغ الرحم لان الثلاث عدد معتبر في الشرع وبالحيضة الواحدة لا تحصل ذلك اذ من الجائز ان تحيض الحامل كما هو قول بعضهم فقدرنا بالثلاث لهذا او نقول شرط الثلاث في النكاح الصحيح احداها لتعرف براءة الرحم والثانية لفضيلة النكاح حتى يحصل الفرق بينه وبين الاستبراء والثالثة لفضيلة الحرية ولهذا لا يجب في عدة الامة الا حيضتان ثم لما كان الحكم في النكاح الصحيح هكذا كان في النكاح الفاسد كذلك لان الفاسد كالصحيح في اثبات النسب ثم العدة في النكاح الفاسد من وقت التفريق عندنا لا من اخر الوطيات وقد بيناه في باب المهر ويجي ايضا عن قريب ان شاء الله تعالى قوله واذا مات مولى ام الولد عنها او اعتقها فعدتها ثلاث حيض وهذا لفظ القدوري وهذا اذا لم تكن ام الولد ذات حمل فان كانت فعدتها وضع الحمل وقد ذكرناه وان لم تكن حاملا فعدتها ثلاث حيض ان كانت ممن تحيض والا فثلاثة اشهر كذا ذكر الطحاوي في مختصره وقال الحاكم الشهيد رحمه الله في الكافي رجل مات عن ام ولد له او اعتقها فعدتها ثلاث حيض بلغنا ذلك عن علي وابن مسعود وابراهيم رضي الله عنهم فان كانت لا تحيض من اياس فعدتها ثلاثة اشهر وكذلك ان كانت قد حرمت عليه بوجه من الوجوه فعليها منه العدة الا ان تكون تحت زوج او في عدة من زوج فلا يلزمها من المولى عدة وهذا عندنا وقال الشافعي عدتها حيضة واحدة ان كانت تحيض وان كانت ممن لا تحيض فشهر وقال مالك في الموطا عدتها حيضة واحدة واذا لم تحض فثلاثة اشهر وبه اخذ احمد بن حنبل وقال في شرح الاقطع ومن اصحاب الشافعي من قال انه ليس بعدة وانما هو استبراء لهم ما روى مالك في الموطا عن نافع عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه انه قال عدة ام الولد اذا هلك عنها سيدها حيضة ولانها وجبت لتعرف براءة النكاح فصارت كالاستبراء ولنا ما روى محمد بن الحسن في الاصل عن علي وابن مسعود وابراهيم انهم قالوا عدة ام الولد ثلاث حيض فسموه عدة وقدروها بالثلاث وقال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره حدثنا الهروي قال حدثنا محمد بن شجاع قال حدثنا يحيى بن ادم عن ابي خالد عن حجاج عن الشعبي عن الحارث عن علي وعبد الله قالا عدة ام الولد ثلاث حيض اذا مات عنها سيدها وروى الحكم عن علي قال ثلاث حيض وعن ابن سيرين ثلاث حيض وعن عطا ثلاثة قروء وعن ابراهيم عدة ام الولد ثلاث حيض وقال حدثنا قاسم العنقري عن عيسى بن يونس عن يحيى بن ابي كثير ان عمرو بن العاص امر ام ولد اعتقت ان تعتد ثلاث حيض فكتب الى عمر بذلك فكتب اليه عمر بحسن رايه ولانها عدة واجبة بسبب زوال الفراش ولهذا يثبت نسب ولدها ان جاءت به في العدة فاشبه عدة الطلاق لكن لا يجب عليها التربص بالاشهر في الوفاة

لان المعنى الموجب للعدة وهو العتق لم يختلف بحياة السيد وموته فصار كالمعنى الموجب للعدة في الموطوءة بشبهة وهو تعرف براءة الرحم فاستوى الحالان ولان عدة الاماء حيضتان بالاجماع وعدة الحرائر ثلاثة اقرا بالاجماع لكن الاختلاف في انها حيض او اطهار ثم عدة ام الولد اما ان تعتبر بتلك او بهذه فايهما كان لا يكون عدتها حيضة وتقدير مالك اذا لم تحض بثلاثة اشهر خارج عن القياس لانه قدر في الاصل بحيضة واحدة فكان ينبغي ان يقدر في الخلف بشهر واحد وانما لم يجب عليها العدة اذا كانت تحت زوج لان فراش النكاح اقوى من فراش الملك فينعدم الضعيف بالقوي ولهذا لا يثبت النسب من المولى وان ادعاه وهذا اذا لم يكن حاملا فاما اذا كانت حاملا فعدة ام الولد بوضع الحمل وبه صرح في شرح الطحاوي قوله كما في النكاح يعني اذا طلق ام الولد زوجها وهي ممن لا تحيض فعدتها ثلاثة اشهر قوله اذا مات الصغير عن امراته وبها حبل فعدتها ان تضع حملها هذا لفظ القدوري في مختصره قال فان حدث الحمل بعد الموت فعدتها اربعة اشهر وعشر ولم يذكر القدوري الخلاف بين اصحابنا وهو ظاهر الرواية عنهم ولهذا لم يذكر محمد خلافهم لا في الاصل ولا في الجامع الصغير وكذا لم يذكره الحاكم في الكافي لكن ذكر الاستحسان فقال واذا مات الصبي الفطيم عن امراته فظهر بها حمل بعد موته فعدتها الشهور وان كان الحبل قبل موته فعدتها ان تضع حملها استحسانا وقال في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في صبي مات عن امراته وهي حامل قال عدتها ان تضع حملها وان حملت بعد موته فعدتها الاشهر قال فخر الاسلام وهذا استحسان من علمائنا وتفسيره قيام الحمل يوم الموت ان تاتي بولد بعد موته لاقل من ستة اشهر فاما يعرف حدوث الحمل بعد موته بان تضعه لستة اشهر فصاعدا عند عامة مشايخنا وقال بعضهم بان تاتي به لاكثر من سنتين والاول اصح هكذا ذكر فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير فعلم بهذا ان ما ذكر من خلاف ابي يوسف في المنظومة والمختلف والهداية والفتاوى الولوالجي مروي عنه في غير رواية الاصول يدل على هذا ما ذكره شمس الائمة البيهقي في الشامل في قسم المبسوط بلا خلاف فقال مات الصبي وامراته حامل تعتد بوضع الحمل استحسانا وفي القياس تعتد بالشهور ولهذا قال شمس الائمة السرخسي في مبسوطه وعن ابي يوسف ان عدتها بالشهور وهو القياس وهو قول زفر والشافعي وجه ما روي عن ابي يوسف ان هذا الحمل ليس من الصبي ولهذا لا يثبت نسبه منه بالاتفاق فصارت كانها ليست بحامل لان اعتبار وضع الحمل في العدة لحرمة الماء ولا حرمة لماء الزاني فتعتد بالشهور كما في الحمل الحادث بعد الموت ووجه الاستحسان قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن بيانه ان هذه الاية لتاخرها قاضية على اية التربص عامة في الوفاة وغيرها مطلقة تعمنا ولكه باطلاقها الحبلى من الزوج وغيره فتعتد بوضع الحمل كامراة الكبير بخلاف ما اذا حدث الحمل بعد موت الصبي حيث تعتد بالشهور لانها لم تكن حاملا عند الموت فلم تدخل تحت قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن الاية ولا يرد علينا امراة الكبير اذا حبلت بعد موته لاقل من سنتين حيث تعتد بوضع الحمل وان لم يكن الحمل وقت الموت لان النسب لما ثبت منه وهو امر شرعي حكم بوجود الولد ايضا عند الموت حكما تبعا للحكم الشرعي وهنا فيما نحن فيه لا يثبت النسب فلم يمكن اثبات الحمل عند الموت حكما قوله ولانها مقدرة اي لان عدة الوفاة قوله لشرعها بالاشهر مع وجود الاقراء اي لشرع عدة الوفاة هذا استدلال على ان عدة الوفاة ليست بمشروعة للتعرف عن فراغ الرحم يعني لو كانت مشروعة للتعرف لم تشرع بالاشهر فيمن تحيض لان الحيض هو المعرف بل هي مشروعة لقضاء حق النكاح وهذا المعنى اعني قضاء حق النكاح ثابت في حق الصبي وان كان الحمل من فجور فتعتد امراته بوضع

الحمل لنص قوله تعالى واولات الاحمال **قوله** وفيما نحن فيه كما وجبت وجبت مقدرة بمدة الحمل
اي فيما اذا مات الصبي عن امراته وبها حبل كما وجبت العدة وجبت وهي مقدرة بوضع الحمل **قوله**
فافترقا اي افترق الحمل القائم عند الموت والحادث بعده **قوله** ولا يثبت نسب الولد في الوجهين
اي فيما اذا كان الحمل قائما عند موت الصغير وفيما اذا كان حادثا بعد موته وذلك لان الصبي لا ماء له
فلا يتصور العلوق بلا ماء فلا يثبت النسب **قوله** مقامه اي مقام العلوق **قوله** واذا
طلق الرجل امراته في حالة الحيض لم يعتد بالحيضة التي وقع فيها الطلاق هذا لفظ القدوري وذلك
لان الله تعالى اوجب العدة بثلاثة قروء والثلاثة اسم خاص لعدد معلوم فلا يجوز ان ينقص منها
لبطلان معنى الخاص فاذا لم يعتد ببعض تلك الحيضة لم يعتد بجميعها لان الحيض لا يتجزى ومعنى
قوله لم يعتد اي لم يحتسب وهو على صيغة المبني للمفعول مسندا الى الجار والمجرور منقوطا بنقطتين
تحتا بيائين ويجوز ان يقال على صيغة المبني للفاعل بنقطتين فوقا بتائين على اسناد الفعل
الى المراة **قوله** واذا وطئت المعتدة بشبهة فعليها عدة اخرى وتداخلت العدتان ويكون
ما تراه المراة محتسبا منهما جميعا واذا انقضت العدة الاولى ولم تكمل الثانية فعليها اتمام العدة
الثانية وهذا لفظ القدوري في مختصره اعلم ان العدتين تتداخلان عندنا سواء كانتا من جنس
واحد بان كان الكل حيضا او من جنسين بان كان احدهما عدة الوفاة وصورة المسئلة ان المطلقة تزوجت
في عدتها برجل فوطئها الرجل ثم فرق بينهما رفعا للفساد فوجب عليها عدة اخرى او وطئت
المتوفى عنها زوجها في عدتها بشبهة ويكون ما تراه من الحيض في عدة الوفاة محسوبا من عدة
الوطي ويجوز ان يقال صورتها المنكوحة وطئت بشبهة ثم طلقها زوجها في عدة الوطي او مات
عنها يجب عليها عدتان فتتداخلان قال الامام حميد الدين الضرير هذا اذا كان الواطي غير الزوج
اما اذا وطي الزوج معتدته بشبهة تداخلت العدتان بالاجماع وقال شمس الائمة السرخسي في
شرح الكافي وان كانت العدتان من واحد بان وطي معتدته بعد البينونة بالشبهة فلا شك
عندنا انهما تنقضيان بمدة واحدة وهو احد قولي الشافعي وفي القول الاخر لا يجب العدة بالسبب
الثاني اصلا وجه قوله انهما حقان مستحقان فلا يجوز تداخلهما كالمهرين ولان العدة عبادة كف عن
الازدواج والخروج للزينة وغيرها في مدة معلومة فلم يجز ان يتداخل العدتان كما لا يتداخل
الصومان في يوم واحد ولنا ان المقصود تعرف براءة الرحم في حق ذوات الاقراء وتحصل ذلك
المقصود بعدة واحدة فلا حاجة الى مدة اخرى ولان الله تعالى سمى العدة اجلا بقوله تعالى واولات
الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن فيجوز ان ينقضي اجال ديون كثيرة باجل واحد فكذا هنا لان
مقصود كل واحد من الغرماء كما يحصل باجل واحد يحصل مقصود كل واحد من صاحبي العدة
بثلاثة اقراء وهو تعرف براءة الرحم لصيانة الماء المحترم عن اشتباه النسب ومعنى العبادة فيها
تابع لان ركنها حرمة الازدواج والخروج قال تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب
اجله وقال تعالى ولا يخرجن وموجب النهي التحريم والحرمات تجتمع كصيد الحرم للمحرم حرام
لاحرامه وحرمة الحرم وكالخمر للصائم فانها حرام له لصومه ولكونه خمرا وليمينه اذا
حلف ان لا يشربها والدليل على ان معنى العبادة فيها تابع انقضاء العدة بدون العلم وبدون ترك
الكف عن الخروج والازدواج حتى اذا خرجت او تزوجت بزوج اخر لا يبطل العدة فلو كان معنى العبادة
فيها ركنا مقصودا لم تنقض بدون الكف لان العبادة لا تتحقق بلا ركن فان قلت
لا نسلم ان المقصود تعرف براءة الرحم فلو كان كذلك لم تجب العدة على الصبية والايسة والمتوفى عنها

زوجها

زوجها لانه لا شغل في الصبية والايسة وفي المتوفى عنها زوجها لا يحتاج الزوج الى ذلك
قلت الصبية التي تحتمل الوطي تحتمل العلوق وكذلك الايسة
فدار الحكم على دليل الشغل وهو الوطي لان العدة يكتفى في ايجابها بتوهم الشغل وان كان بخلاف
العادة والمتوفى عنها زوجها الحاجة فيها الى التعرف قائمة لصيانة ماء الزوج عن الاختلاط
لان ماء الاول محترم في نفسه وكذا ماء الثاني فان قلت لو كان التداخل
معتبرا لتداخل اقراء عدة واحدة قلت لا نسلم الملازمة
لان التعرف بحيضة واحدة ليس كالتعرف بثلاث حيض في حصول المقصود لان المقصود من
الاولى الاستبراء ومن الثانية اظهار خطر النكاح ومن الثالثة اظهار فضيلة الحرية وهذا المقصود
لا يحصل بالواحدة كالاجال لا تتداخل في دين واحد وكالجلدات لا تتداخل في حد واحد
وتتداخل الحدان وكالصيامات الواجبة في ايام لا تتادى في يوم واحد لان الامساك الواحد
لا يسد مسد الامساك الكثير في حصول المقصود وهو قهر النفس بخلاف ما نحن فيه حيث يحصل
المقصود وهو تعرف براءة الرحم عن العدتين بمدة واحدة ثم بيان التداخل في العدتين ما ذكره
الحاكم بقوله واذا تزوجت المعتدة من الطلاق برجل اخر ودخل بها ففرق بينهما فعليها عدة
واحدة من الاول والاخر ثلاث حيض بلغنا نحو ذلك عن معاذ بن جبل الا ترى انها لو كانت
حاملا فوضعت حملها انقضت عدتها منهما جميعا فان كانت قد حاضت من الاول حيضة فعليها
ثلاث حيض حيضتان من عدة الاول وتحتسب بهما من عدة الاخر وحيضة اخرى من عدة الاخر
وللاخر ان يخطبها اذا انقضت عدتها من الاول ولا يخطبها غيره حتى تنقضي عدتها منهما جميعا
فان كان الاول طلقها طلاق الرجعة فله ان يراجعها اذا شاء ولا يقربها حتى تنقضي عدتها من
الاخر وان كان الطلاق بائنا فليس له ان يخطبها حتى تنقضي عدتها من الاخر وكذلك ان كانت
العدتان بالشهور يعني اذا كانت المراة ممن لا تحيض واذا تزوجت في عدة الوفاة ودخل بها
زوجها الاخر ثم فرق بينهما فعليها بقية عدتها من الميت تمام اربعة اشهر وعشر وعليها ثلاث حيض
من الاخر وتحتسب بما حاضت في الاربعة الاشهر وعشر من عدة الاخر **قوله** وابتداء العدة
في الطلاق عقيب الطلاق وفي الوفاة عقيب الوفاة فان لم تعلم بالطلاق او الوفاة حتى مضت
مدة العدة فقد انقضت عدتها وهذه من مسائل القدوري وروي عن علي بن ابي طالب ان عليها
العدة من يوم ياتيها الخبر قال ابو بكر الرازي معناه عندنا اذا لم تعلم وقت الموت فامرها
بالاخذ باليقين وقد روي عنه في الطلاق انها من يوم طلق كذا ذكره في شرحه لمختصر الطحاوي
وانما اعتبر ابتداء مدة العدة من زمان الطلاق والوفاة لان العلة الموجبة للعدة هي زوال
النكاح بالطلاق او الوفاة فلا بد من اقتران المعلول وهو وجوب العدة بعلتها ولا يشترط
العلم بمضي المدة لان العدة مجرد اجل وفي انقضاء الاجال لا يشترط العلم ولان المقصود من
العدة تعرف براءة الرحم وقد حصل ذلك في تلك المدة فلا يشترط العلم بخلاف ما اذا اتى خبر
وفاة زوجها وشكت في وقت الموت حيث تعتد من الوقت الذي تستيقن فيه بموته لان
العدة يؤخذ فيها بالاحتياط وذلك في الحمل بتيقن **قوله** ومشايخنا يفتون في الطلاق ان
ابتداءها من وقت الاقرار نفيا لتهمة المواضعة اراد بالمشايخ علماء بخارا وسمرقند لا جماعة
التصوف الذين هم اهل البدع بيانه ما قال في تتمة الفتاوى وفي الفتاوى الصغرى اذا اقر
الرجل انه طلق امراته منذ كذا فصدقته المراة في الاسناد او كذبته او قالت لا ادري

فالعدة من وقت الاقرار ولا يصدق في الاسناد وهو المختار وجواب محمد في الكتاب ان في التصديق
العدة من وقت الطلاق الا ان المتاخرين اختاروا وجوب العدة من وقت الاقرار حتى لا
يحل له التزوج باختها واربع سواها زجرا له حيث كتم طلاقها ولكن لا تجب لها النفقة والسكنى
وعلى الزوج المهر ثانيا بالدخول لاقراره وتصديقها اياه بذلك ومعنى قوله نفيا التهمة للمواضعة
ان الزوج يجوز ان يقر من زمان ماض وتصدقه المراة في ذلك حتى يجوز للزوج تزوج اختها
واربع سواها او يجوز ان تكون المراة مطلقة الثلاث فتصدق زوجها في اسناد الطلاق
الى زمان ماض كي يجوز ان يتزوجها زوجها في الحال لبلوغ المواضعة اعتبر او وقوع طلاقها
من وقت الاقرار لا من الزمان الذي اسند اليه الطلاق وعلل محمد في الاصل بقوله لان قولها
مقبول على نفسها **قوله** والعدة في النكاح الفاسد عقيب التفريق او عزم الواطي على ترك
وطيها وهذا لفظ القدوري في مختصره وعند زفر عقيب الوطية الاخيرة قال في التتمة
والفتاوى الصغرى فيه اختلاف المتقدمين والمتاخرين قال ابن القاسم الصفار البلخي تجب
العدة من وقت الوطي الاخير وقال ابو بكر البلخي من وقت الفرقة وبه كان يقول الفقيه
ابو جعفر وهو قول ابي يوسف رحمه الله وجواب ابي القاسم قول زفر رحمه الله
حكاه الفقيه ابو الليث عن اختلاف زفر قالوا عزم الواطي على ترك الوطي لا يتحقق بمجرد
الامتناع عن الوطي بل يتحقق بقول الرجل تركتها او تركت وطيها او تركت وطيك
او تركتك وجه قول زفر رحمه الله ان الموجب للعدة هو الوطي ولهذا لو لم يطاها لا تجب عليها العدة
فتعتبر العدة من الوطي الاخير ولنا ان السبب الموجب للعدة هو شبهة النكاح ولهذا لا تجب العدة
في الزنا ورفع تلك الشبهة بالفرقة اما بتفريق القاضي بينهما او بالمتاركة فتعتبر العدة من وقت
الفرقة والدليل على اعتبار الشبهة ان الوطي وان وجد مرارا لا تجب الا مهر واحد لاستناد
الكل الى شبهة واحدة وانما قلنا ان لا ترتفع الا بالفرقة بدليل انه اذا وطيها قبل الفرقة
مرارا لا يلزمه الحد للشبهة واذا وطيها مرة بعد الفرقة يجب الحد لعدم الشبهة والوطي
الاخير لا يوقف عليه لانه يجوز ان يوجد غيره فلا يكون الذي قبله اخيرا ولين سلمنا
على وقوف المراة التي تعتد فنقول قد تمس الحاجة الى وقوف غيرها نحو اختها واربع سواها
ولا وقوف للغير فلما كان الوطي الاخير خفيا اقيم السبب الظاهر وهو التمكن من الوطي
حقيقة بشبهة النكاح مقام حقيقة الوطي ثم لما ارتفع ذلك التمكن من الوطي حقيقة
بشبهة النكاح مقام حقيقة الوطي ثم لما ارتفع ذلك التمكن بالفرقة وجبت العدة من ذلك
الوقت وباقي التقرير في هذه المسئلة مر بيانه في باب المهر **قوله** ولهذا يكتفى ابضاح
لقوله لاستناد الكل الى حكم عقد واحد مر بيانه انفا **قوله** لحقا به اي تحققا الوطي
قوله في حق غيره اي في حق غير الواطي وغيره هو الزوج الذي يريد ان يتزوجها او اخت
الموطوءة او اربع سواها **قوله** واذا قالت المعتدة انقضت عدتي وكذبها الزوج كان
القول قولها مع اليمين هذا لفظ الصدر الشهيد في الجامع الصغير وهي من المسائل
المعادة ولفظ محمد في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في
رجل طلق امراته ثم قال لها لم تنقض عدتك وقالت انقضت عدتي انه يستحلفها على ذلك فان
حلفت صدقت قال فخر الاسلام يريد به في حكم المراجعة يعني ان حلفت بطلت الرجعة وان
نكلت لم تبطل بل بقيت كما كانت ووجه ذلك انها امينة في الاخبار عما في رحمها لقوله تعالى ولا

يحل لهن

يحل لهن ان يكتمن ما خلق الله في ارحامهن فكان القول قولها لكنها لما اتهمت بالكذب استحلفت
كالمودع يستحلف اذا كذب في هلاك الوديعة وهذا اليمين باستحلاف على الرجعة بل على بقاء العدة فلا
يرد نقضا على قول ابي حنيفة رضي الله عنه **قوله** واذا طلق الرجل امراته طلاقا بائنا ثم تزوجها
في عدتها وطلقها قبل الدخول بها فعليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة وقال محمد عليه نصف المهر
وعليها تمام العدة الاولى وهذه من مسائل القدوري وعند زفر يجب نصف المهر الثاني ولا عدة
عليها وعلى هذا الخلاف اذا تزوجت المراة كفوا ودخل بها وفرق القاضي بينهما بخصومة الولي
والزمه المهر والزمها العدة ثم تزوجها في عدتها بغير ولي ففرق القاضي بينهما قبل ان يدخل بها
كان لها عليه المهر الثاني كاملا وعليها عدة مستقبلة في قول ابي حنيفة وابي يوسف ولو كان تزوجها
بعد انقضاء العدة كان لها نصف المهر في قول ابي حنيفة وابي يوسف ولو كان تزوجها بعد انقضاء
العدة كان لها نصف المهر في قولهم جميعا كذا ذكره الحاكم الشهيد في الكافي في باب الاكفاء وقول
الشافعي كقول محمد كذا في شرح الاقطع وجه قول محمد رحمه الله ان الطلاق قبل الدخول
والخلوة الصحيحة منصف للمهر بالنص فيتنصف المهر الثاني وبه يقول زفر ايضا والعدة في
الطلاق قبل المسيس لا تجب لقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن فما لكم عليهن من عدة
فلا تجب عليها استيناف العدة وبه يتمسك زفر الا ان محمدا قال تجب عليها تمام العدة الاولى
لان العدة مما يحتاط في اثباتها وقد وجبت بالطلاق الاول لكن لم يظهر حكمها لمانع التزوج
ثانيا فلما ارتفع حكم التزوج الثاني بالطلاق ثانيا ظهر حكم العدة الاولى فوجب اكمالها وزفر
يقول العدة الاولى سقطت بالتزوج والساقط لا يعود وبالطلاق الثاني لم يجب شيء لانه قبل
الدخول فلا تجب العدة اصلا ولابي حنيفة وابي يوسف ان هذا طلاق بعد الدخول
حكما فيجب كمال المهر الثاني والعدة المستانفة بيانه ان الوطي في باب النكاح مثل القبض في باب
البيع وقد وجد الوطي في النكاح الاول واثره وهو العدة باق لاشتغال رحمها بمائه بالوطي
السابق فكان الوطي كالمتجدد في النكاح الثاني لانها لما كانت مقبوضة في يده ببقاء العدة ناب
القبض الاول عن القبض المستحق في النكاح الثاني كالغاصب اذا اشترى المغصوب من مالكه
يتقرر عليه الثمن ويتاكد بمجرد الشرا لانه ينوب القبض الاول عن هذا القبض المستحق بالشرا
ولا حاجة الى تجديد القبض فكذا هنا يتاكد العقد بمجرد النكاح الثاني فيوجب الفرقة بعد
تاكد العقد كمال المهر والعدة **قوله** فاذا ارتفع بالطلاق الثاني ظهر حكمه والضمير
المستتر في ارتفع راجع الى التزوج الثاني والبارز في حكمه راجع الى الطلاق الاول **قوله**
كما لو اشترى ام ولده ثم اعتقها صورته رجل اشترى امراته وهي امة قد ولدت منه فسد
النكاح وكانت حلالا له بالملك فلا باس بان تتزين ولا تجتنب الطيب لانها غير معتدة في حقه
فان العدة اثر النكاح فكما ان الملك ينافي اصل النكاح ينافي اثره لكنها معتدة في حق غيره
حتى اذا اراد ان يزوجها من غيره ليس له ذلك حتى تحيض حيضتين فان الفرقة بعد الدخول
فكانت معتدة في حق غيره ثم اذا اعتقها بعد الشرا فعليها ثلاث حيض لانها صارت ام
ولد له حين اشتراها بعدما ولدت بالنكاح وعلى ام الولد ثلاث حيض لكنها تتجنب الطيب
والزينة في الحيضتين الاوليين استحسانا وفي القياس ليس عليها ذلك لان الحداد لم يلزمها
عند وقوع الفرقة فلا يلزمها بعد ذلك وجه الاستحسان ان العدة وجبت عليها بالفرقة لكن لم يظهر
ذلك في حق المولى لكونها حلالا له بالملك وقد زال ذلك بالعتق فظهرت تلك العدة في حق

المولي والعدة بعد الفرقة من نكاح صحيح يجب فيها الحداد فاما في الحيضة الثالثة فلا حداد عليها
لانها لم تجب بسبب النكاح بل بالعتق ولا حداد على ام الولد **قوله** ويبقى اثره اي اثر القبض
قوله ذلك القبض اي القبض الحاصل بالوطية الاولى **قوله** فوضح بهذا انه طلاق
بعد الدخول اي ظهر بما قررنا من الدليل ان هذا الطلاق طلاق بعد الدخول حكما لكون
الوطي في النكاح الاول كالوطي في النكاح الثاني **قوله** وجوابه ما قلنا اي جواب زفر ما
قلنا من الدليل وهو انها مقبوضة في يده لبقاء اثر القبض وهو العدة **قوله** قال واذا
طلق الذمي الذمية فلا عدة عليها اي قال القدوري في مختصره **قوله** وكذا اذا خرجت
الحربية الينا مسلمة فان تزوجت جاز الا ان تكون حاملا وهذه من المسايل المعادة في الجامع
الصغير اي لا عدة على الحربية المهاجرة الى دار الاسلام وتزوجها جايز اذا لم تكن حاملا فان كانت
حاملا فلا تتزوج حتى تضع حملها وعليه نص الحاكم الشهيد رحمه الله في الكافي وقال الصدر الشهيد
رحمه الله في شرح الجامع الصغير وروى محمد عن ابي يوسف عن ابي حنيفة رضي الله عنه ان مع
الحبل يجوز نكاح المهاجرة ولكن لا يقربها زوجها والصحيح جواب الكتاب يعني لا يجوز تزوجها
مع الحبل وهذا مذهب ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله تجب العدة على الذمية
والمهاجرة جميعا لهما في الذمية ان النكاح في العدة مجمع على بطلانه فيما بين المسلمين فكان اهل
الذمة ملتزمين لذلك ولابي حنيفة انها لو وجبت لا تخلو اما ان وجبت حقا لله تعالى او حقا للزوج
فلا يجوز كلاهما لانهم ليسوا بمخاطبين بفروع الشرع والزوج لا يعتقدها وفي عدة الذمية من
الذمي على مذهب ابي حنيفة اختلف المشايخ قال بعضهم لا تجب اصلا لما قلنا وهو الصحيح وقال
بعضهم العدة واجبة ولكنها ضعيفة لا تمنع النكاح كالاستبراء فيما بين المسلمين وقد مر بيان
ذلك في باب نكاح اهل الشرك ولهما في المهاجرة انها مسلمة بانت من زوجها بعد الدخول فيجب
عليها العدة كما اذا بانت بالطلاق وكما لو كانا في دار الاسلام فاسلمت المراة وابى الزوج
بخلاف ما اذا دخل الرجل دار الاسلام مهاجرا وترك زوجته في دار الحرب حيث لا يجب عليها
العدة لعدم تبليغ حكم الشرع ولابي حنيفة رضي الله عنه قوله تعالى لا جناح عليكم ان
تنكحوهن اذا اتيتموهن اجورهن ولا تمسكوا بعصم الكوافر اي بعقد نكاحهن والعصمة
العقد كذا قال ابن عرفة ووجه الاستدلال بالاية ان الله تعالى نفى الجناح في نكاح المهاجرات
مطلقا ولم يقيد بانقضاء العدة والمطلق يجري على اطلاقه فلا يلزمها العدة ولان العدة
تجب لصيانة ماء محترم ولهذا لا تجب فيما قبل الدخول ولا حرمة لماء الحربي لانه كالجماد
بدليل صحة تملكه ولان في ايجاب العدة عليها تمسكا بعصم الكوافر فلا يجوز بخلاف ما اذا كانت
حاملا فان ابا حنيفة لا يقول بايجاب العدة عليها من الكافر بل يقول لا يجوز تزوجها ما لم تضع
حملها لمكان الحمل وروى الحسن عن ابي حنيفة رضي الله عنه انها ان تزوجت صح النكاح ولكن
لا يقربها زوجها حتى تضع لانه لا حرمة لماء الحربي فهو بمنزلة ماء الزاني والحبل من الزنا لا يمنع
النكاح عنده وانما لا يقربها حتى تضع لقوله عليه السلام لا يسقين احدكم ماءه زرع غيره
قوله اما الذمية فالاختلاف فيها نظير الاختلاف في نكاحهم محارمهم يعني ان الذمية
لا عدة عليها من الكافر اذا كان معتقدهم ذلك عند ابي حنيفة رضي الله عنه كما ان نكاح المحارم
فيما بينهم صحيح عنده اذا كان معتقدهم ذلك حتى لا يتعرض لهم **قوله** وقد بيناه في كتاب
النكاح اي في باب نكاح اهل الشرك **قوله** بسبب اخر وذلك كالطلاق والاباء بعد ما نه

انقضا

انقضا **قوله** بخلاف ما اذا هاجر يعني اذا هاجر الرجل الى دار الاسلام وبقيت امراته ثمه
لا يجب عليها العدة **قوله** والحربي ملحق بالجماد اراد بالجماد الذي لا روح له **قوله** الاول
اصح اي عدم جواز نكاح المهاجرة اذا كانت حاملا هو اصح الروايتين عن ابي حنيفة رضي
الله عنه بخلاف الحبلى من الزنا حيث يجوز تزوجها عنده لان نسب ولدها ليس بثابت فلا
يلزم الجمع بين الفراشين ثم ادنى المدة التي تصدق فيها المعتدة عن طلاق لم يذكرها صاحب
الهداية ونحن بيناه قبيل باب الايلا **فصل** لما فرغ عن بيان انواع العدة
وعن بيان من تجب عليها ومن لا تجب شرع في بيان ما يجب على المعتدات في العدة **قوله**
قال وعلى المبتوتة والمتوفى عنها زوجها اذا كانت بالغة مسلمة الحداد اي قال الشيخ ابو الحسين
القدوري في مختصره الحداد مصدر حدت المراة اذا تركت الزينة والخضاب بعد وفاة زوجها
وهو من باب فعل يفعل بفتح العين في الماضي وضمها وكسرها ايضا في المستقبل واحدت تحد
احدادا وابى الاصمعي الا احدت فهي محد كذا قال ابن دريد قال الحاكم الشهيد في الكافي
ولا ينبغي للمعتدة من وفاة زوجها او طلاق باين او لعان او فرقة بوجه من الوجوه من
قبل ابيها كان ان تتطيب او تلبس الحلي او الثوب المصبوغ بعصفر او ورس او زعفران اعلم ان
المتوفى عنها زوجها تحد وعليه اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو مذهب اصحابنا
وسفيان الثوري ومالك والشافعي واحمد واسحاق رضي الله عنهم والاصل فيه ما روى صاحب
السنن مسندا الى حفصة عن ام عطية ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا تحد المراة فوق
ثلاث الا على زوج فانها تحد عليه اربعة اشهر وعشرا وجه الاستدلال ان النبي عليه السلام
قال فانها تحد عليه وخبر الشارع من الامر في الايجاب لان التخلف في الخبر لا يجوز لنسبة الكذب
على ذلك التقدير الى الشارع وقد يتخلف المامور عن الامر فلا يلزم نسبة الكذب الى الشارع
وروى البخاري في الصحيح مسندا الى مالك عن عبد الله بن ابي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن حميد
بن نافع عن زينب بنت ابي سلمة انها اخبرته هذه الاحاديث الثلاثة قالت زينب دخلت على
ام حبيبة زوج النبي صلى الله عليه وسلم حين توفي ابوها ابو سفيان بن حرب فدعت ام
حبيبة بطيب فيه صفرة خلوق او غيره فدهنت منه جارية ثم مست بعارضيها ثم قالت
والله ما لي بالطيب من حاجة غير اني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا يحل لامراة
تؤمن بالله واليوم الاخر ان تحد على ميت فوق ثلاث ليال الا على زوج اربعة اشهر وعشرا
قالت زينب فدخلت على زينب بنت جحش حين توفي اخوها فدعت بطيب فمست منه ثم قالت
اما والله ما لي بالطيب من حاجة غير اني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول على المنبر
لا يحل لامراة تؤمن بالله واليوم الاخر ان تحد على ميت فوق ثلاث ليال الا على زوج اربعة
اشهر وعشرا قالت زينب وسمعت امي ام سلمة تقول جاءت امراة الى رسول الله صلى الله عليه
وسلم فقالت يا رسول الله ان ابنتي توفي عنها زوجها وقد اشتكت عينها افنكحلها فقال
رسول الله صلى الله عليه وسلم لا مرتين او ثلاثا ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم انما
هي اربعة اشهر وعشرا وروى مالك في الموطا انه بلغه ان ام سلمة زوج النبي صلى الله عليه
وسلم قالت لامراة حاد على زوجها اشتكت عينها فبلغ ذلك منها اكتحلي بكحل الجلاء بالليل
وامسحيه بالنهار وقال ابو عبيد الجلاء هو الاثمد سمي بذلك لانه يجلو البصر ويقويه او يجلو
الوجه فيحسنه واما المبتوتة وهي المختلعة والمطلقة ثلاثا او تطليقة باينة فعليها الحداد

عندنا وقال الشافعي لا حداد عليها لان النص ورد في المتوفى عنها زوجها ولا نقاس المبتوتة عليها لان المبتوتة
ليست في معناها وذلك لان الحداد انما لزمها تاسفا على ما فاتت من حسن عشرة الزوج الى ان فرق الموت بينهما وزوج
المبتوتة ما احسن اليها بل اساء اليها واوحشها بالفراق فما ابانها عن عبرها عليها ولنا ما روى الشيخ ابو جعفر الطحاوي
في شرح الآثار باسناده الى حماد عن ابراهيم النخعي قال المطلقة والمختلعة والمتوفى عنها زوجها والملاعنة
لا يختضبن ولا يتطيبن ولا يلبسن ثوبا مصبوغا ولا يخرجن من بيوتهن وابراهيم ممن ادرك عصر الصحابة
وزاحمهم في الفتوى فيجوز تقليده ولان النص معلول بعلة التاسف على زوال نعمة النكاح الذي هو
سبب لصيانة المرأة وادرار النفقة عليها وهذا المعنى موجود في المبتوتة فيجب عليها الحداد كالمتوفى
عنها زوجها بل الابانة اقطع للنكاح من الموت لان حكم النكاح باق بعد الوفاة الى ان تنقضي العدة بخلاف
الطلقات الثلاث والابانة حيث لا يبقى النكاح اصلا الا ترى ان المرأة تغسله وغسله وفي الابانة لا
يجوز مسها اصلا فكان اظهار التاسف هنا اولى ثم المطلقة الرجعية تتزين وتلبس ما شاءت من الثياب
فلعل زوجها يراجعها قوله والحداد ويقال الاحداد وهما لغتان ان تترك الطيب والزينة
وقوله ويقال الاحداد وهما لغتان جملتان معترضتان بين المبتدأ وهو الحداد وبين الخبر وهو
ان تترك اي الحداد ترك الطيب والزينة والكحل والدهن المطيب وغير المطيب الا من عذر هكذا
ذكر القدوري وقال في الجامع محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في المبتوتة والمتوفى
عنها زوجها لا تدهن بدهن مطيب ولا غير مطيب ولا تدهن بشيء من الادهان الا من وجع ثم المعنى
الذي هو موجب الحداد وجهان احدهما اظهار التاسف بدلالة الاجماع لانا نقول وجب الحداد
للتاسف على زوال النكاح والشافعي يقول وجب للتاسف على فوات الزوج وما قلناه اولى لعمومه
لان التاسف على زوال النكاح يشمل المبتوتة والمتوفى عنها زوجها والوجه الثاني الاجتناب عن
الوقوع في الحرام وذلك لان المرأة اذا كانت متزينة متطيبة تزيد رغبة الرجل فيها فوق ما يكون اذا لم
تكن متزينة متطيبة فتجتنبها المرأة كيلا يكون ذلك سببا الى الوقوع في الحرام لان المتوفى عنها زوجها
والمبتوتة حرام نكاحهما ما دامتا في العدة اما الدهن اذا كان مطيبا فظاهر لانها ممنوعة عن
الطيب وكذا اذا لم يكن مطيبا لان الدهن في ذاته لا يعرى عن الطيب وان لم يلق فيه الطيب الا ترى
انه يحرم على المحرم وايضا تحصل به الزينة الكاملة للشعر والحادة ممنوعة عن الزينة الا اذا وقعت
الضرورة فحينئذ يجوز الادهان والاكتحال على وجه التداوي لا على قصد الزينة كما اذا
كان بها صداع فدهنت رأسها او اشتكت عينها فاكتحلت وكذا يجوز لها لبس الحرير لدفع القمل او
الحكة قوله كيلا تصير ذريعة الذريعة الوسيلة اي كيلا تصير هذه الاشياء وسيلة
الى الحرام قوله قال الا من عذر اي قال القدوري تترك الحادة الاشياء المذكورة من الطيب
والزينة والكحل والدهن الا من عذر والعذر قد بيناه انفا وذلك لان فيه حرجا وهو مدفوع
شرعا وروى البخاري ومسلم مسندا الى انس قال رخص النبي صلى الله عليه وسلم للزبير وعبد
الرحمن في لبس الحرير لحكة كانت بهما وروى مسلم باسناده الى انس ان عبد الرحمن بن عوف
والزبير بن العوام شكوا الى النبي عليه السلام القمل فرخص لهما في قمص الحرير في غزاة لهما
قوله لما روينا اراد به قوله عليه السلام الخاطب قوله ولا تلبس ثوبا مصبوغا
بعصفر ولا زعفران وذلك لما روى صاحب السنن باسناده الى ام عطية ان النبي صلى
الله عليه وسلم قال لا تحد المرأة فوق ثلاث الا زوج فانها تحد عليه اربعة اشهر وعشرا ولا
تلبس ثوبا مصبوغا الا ثوب عصب ولا تكتحل ولا تختضب ولا تمس طيبا والعصب ضرب

كنبود

من برود اليمن وروى صاحب السنن باسناده الى ام سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم انه قال المتوفى
عنها زوجها لا تلبس المعصفر من الثياب ولا الممشقة ولا الحلي ولا تختضب ولا تكتحل والثوب الممشق
هو المصبوغ بالمشق وهو المغرة وان لم تجد الا ثوبا مصبوغا فلها ان تلبسه لانه لا بد من الستر
فظاهر الرواية عن اصحابنا انها لا تلبس ثوب عصب ولا خز لانها ممنوعة عن الزينة وفيه ذلك
وروي في النوادر عن ابي يوسف انه قال لا باس بان تلبس العصب والخز الاحمر فالتمس الائمة السرخسي
وتأويل ذلك اذا لبست لا على قصد التزين فاما التزين به فهو مكروه قلت قد روي في السنن مكان
الا ثوب عصب الا مغسولا فعلى تلك الرواية لا تبيح لابي يوسف حجة بالحديث قوله
قال ولا حداد على كافرة اي قال القدوري وقال ايضا ولا على صغيرة وعند الشافعي عليهما الاحداد
لكن في عدة الوفاة لعموم قوله عليه السلام لا تحد المرأة فوق ثلاث الا على زوج ولنا ان الحداد
من فروع الشرع فلا تخاطب الكافرة بها والصبية لا خطاب عليها اصلا فصارا كالصوم والصلاة
فان قيل ما الفرق بين الحداد والعدة حيث وجبت العدة على
الصغيرة دون الحداد قلنا لا نسلم ان العدة تجب عليها لانها ليست بمخاطبة
بل الولي يؤمر بان لا يزوجها حتى تنقضي العدة لحق الشرع كما يؤمر بان يمنعها من شرب الخمر فعلى هذا
لا حاجة الى الفرق لعدم وجوب العدة عليها او نقول العدة عبارة عن مجرد مضي المدة فالقول في
مضيها عليها لا يفضي الى توجيه خطاب الشرع عليها بخلاف القول بالحداد فانه يفضي الى توجيه خطاب
الشرع لدخولها تحت عموم النهي وهي غير مخاطبة فظهر الفرق قوله وعلى الامة الحداد
هذا لفظ القدوري قال الحاكم وتتقي المملوكة المسلمة من ذلك ما تتقيه الحرة الا الخروج وذلك لان
الحداد وجب للتاسف على زوال نعمة النكاح وهذا المعنى حاصل في المملوكة ولان فروع الشرع التي
ليس فيها ابطال حق المولى تلزم المملوكة كالصوم والصلاة فيلزمها الحداد بخلاف الخروج من البيت في
العدة حيث لا تمنع منه لحق المولى وحق المولى مقدم لحاجته ولهذا كان للمولى ان يمنع امته من اداء
النوافل ويمنعه عن الجمع والجماعات وبخلاف الحج حيث لا يجب على العبد والامة لحق المولى ايضا
ولا حق للمولى في تطييبها وتزيينها لان الامة المنكوحة حرام عليه قوله وليس في عدة ام الولد
ولا في عدة النكاح الفاسد احداد هذا لفظ القدوري ولا حداد في الوطء عن شبهة ايضا اما ام الولد
فانما لم يجب عليها الحداد لانه للتاسف على زوال النكاح ولا نكاح ثمة ولان ام الولد انما يجب عليها
العدة بالعتق الذي يزول به ذل الرق فالمناسب لذلك السرور لا التحزن لانه ما فاتها نعمة بل
حصل نعمة الحرية التي صارت بها اهلا للولاية واما النكاح الفاسد والوطء عن شبهة فانما وجبت
العدة فيهما لتعرف براءة الرحم لا لزوال النكاح اذ لا حرمة للنكاح الفاسد لانه واجب الرفع
ولا نكاح اصلا في الوطء عن شبهة فلا يلزم الحداد قوله والاباحة الاصل اراد بها اباحة
الزينة لها وذلك لقوله تعالى قل من حرم زينة الله التي اخرج لعباده وفيه بحث يعرف في ميزان
الاصول وغيره والذي ذكره مذهب بعض المشايخ ومذهب فخر الاسلام ان الاباحة ليست
باصل قوله ولا ينبغي ان تخطب المعتدة ولا باس بالتعريض في الخطبة هذا لفظ القدوري
في مختصره اعلم ان نكاح المعتدة لا يجوز وقد مر بيانه في باب المحرمات والتعريض لا باس به
والاصل فيه قوله تعالى ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء او اكننتم في انفسكم علم
الله انكم ستذكرونهن ولكن لا تواعدوهن سرا الا ان تقولوا قولا معروفا والتعريض التلويح
وحقيقته امالة الكلام الى عرض يدل على الغرض منه قوله عليه السلام ان في المعاريض لمندوحة

عن الكذب وذلك مثل ان يقول انك لجميلة وانك لشابة وان النسا لمن حاجتي فلعل الله ان يسوق
اليك خيرا وما شابه ذلك من الاشارة دون التصريح بالنكاح اذ لا يجوز ان يقول صريحا اريد ان
انكحك او اتزوجك او اخطبك والخطبة التزوج او اكننتم في انفسكم اي اضمرتم في قلوبكم ولم تذكروه
بالالسنة اصلا علم الله انكم ستذكرونهن اي لا تنفكون عن النطق لرغبتكم فيهن وعدم صبركم عنهن
ولكن لا تواعدوهن سرا اي نكاحا والسر في الاصل النكاح الذي هو الوطي كقول الاعشى ولا تقربن
جارة ان سرها عليك حرام فانكحن او تابدا ثم عبر عن النكاح الذي هو العقد كذا قال الزمخشري الا
ان تقولوا قولا معروفا اي لا تواعدوهن الا بان تقولوا قولا معروفا وهو التعريض وقال ابو بكر
الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي قال ابن عباس التعريض ان يقول اني اريد ان اتزوج قال مجاهد
يقول انك لحسنا وانك لجميلة قال سعيد بن جبير في قوله تعالى الا ان تقولوا قولا معروفا ان يقول
اني فيك لراغب واني لارجوا ان نجتمع الى هنا لفظ ابي بكر الرازي وقيل المراد من قوله ولا باس بالتعريض
في الخطبة المتوفا عنها زوجها اما المطلقة فلا يجوز لها التعريض ولنا فيه نظر لان قوله
تعالى لا جناح عليكم فيما عرضتم مطلق ولم يفصل وقال صاحب الهداية قال النبي عليه السلام السر
النكاح ولنا في صحة الحديث عن النبي عليه السلام نظر **قوله** ولا يجوز للمطلقة الرجعية
والمبتوتة الخروج من بيتها ليلا ولا نهارا والمتوفا عنها زوجها تخرج نهارا وبعض الليل ولا تبيت
في غير منزلها والاصل في المطلقة قوله تعالى اذا طلقتم النسا فطلقوهن لعدتهن واحصوا
العدة واتقوا الله ربكم لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان ياتين بفاحشة مبينة قال محمد
في الاصل قال ابراهيم الفاحشة خروجها من بيتها وبلغنا عن ابن مسعود انه قال الفاحشة ان
تزني فتخرج الى الحد قال في شرح الكافي وان كانت صبية فلها ان تخرج لانها لا تخاطب بما هو اعظم من
هذا من حقوق الشرع كالصلوات والحدود وليس للزوج ان يمنعها في الطلاق البائن لانه لم
يبق له عليها ملك ولا يتوهم الحبل قالوا الا ان تكون مراهقة يتوهم ان تحبل فحينئذ هي كالكتابية
واما في الطلاق الرجعي فلا تخرج الا باذن الزوج لبقا ملك النكاح له عليها واما المتوفا عنها زوجها
فالاصل فيها ما روى مالك في الموطا عن سعد بن اسحاق بن كعب بن عجرة عن عمته زينب ابنة
كعب بن عجرة ان الفريعة بنت مالك بن سنان وهي اخت ابي سعيد الخدري اخبرتها انها جات
رسول الله صلى الله عليه وسلم تساله ان ترجع الى اهلها في بني خدرة فان زوجها خرج في طلب اعبد له
ابقوا حتى اذا كانوا بطرف القدوم لحقهم فقتلوه قالت فسالت رسول الله صلى الله عليه وسلم ان
ارجع الى اهلي فان زوجي لم يتركني في مسكن يملكه ولا نفقة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم
نعم فخرجت حتى اذا كنت في الحجرة او في المسجد دعاني او امر فنوديت له فقال كيف قلت فرددت
عليه القصة التي ذكرت له من شان زوجي فقال امكثي في بيتك وفي رواية السنن اسكني في
بيتك حتى يبلغ الكتاب اجله قالت فاعتددت فيه اربعة اشهر وعشرا فلما كان عثمان بن عفان
ارسل الي فسالني عن ذلك فاخبرته فاتبعه وقضى به وجه الاستدلال ان النبي صلى الله عليه
وسلم امرها بالمكث في بيتها الى انقضا العدة ولم ينكر عليها من نفس الخروج لانها خرجت اليه فدل
على جوازه وعن سعيد بن المسيب ان عمر رضي الله عنه رد نسوة من ذي الحليفة توفي عنهن ازواجهن
فخرجن ذكره الطحاوي في شرح الاثار وقال في الاصل بلغنا عن ابن مسعود ان نسوة شكون
اليه الوحشة توفي ازواجهن فامرهن ان يتحدثن بالنهار ولا يبتن بالليل دون منازلهن
ولان المتوفى عنها زوجها تحتاج الى قضا حوايجها وكفاية مونتها اذ لا نفقة لها في عدتها فلابد

من الخروج بخلاف المطلقة فانها مكفية المونة فلا تحتاج الى الخروج اما اذا ابانت المختلعة زوجها
عن نفقة العدة اختلف المشايخ قال بعضهم في ترك النفقة لتتخلص عنه وقال بعضهم لا تخرج لانها
ابطلت النفقة باختيارها فلا يكون عذرا في حق الشرع فلا تخرج كما اذا اختلعت على ان لا سكنى لها
حيث يبطل مونة السكنى عن الزوج ولا يحل لها الخروج وهذا مذهب عامة العلما وقال بعضهم ان شات
اعتدت في بيت زوجها وان شات في غيره وهو مذهب عطا وتمسك بقوله تعالى فان خرجن فلا
جناح عليكم فيما تفعلن في انفسهن وجوابه ان الاية منسوخة لان اول الاية قوله وصية لازواجهم
متاعا الى الحول غير اخراج والوصية للوارث منسوخة وكذا العدة الى الحول منسوخة فكذا
هذا **قوله** وعلى المعتدة ان تعتد في المنزل الذي يضاف اليها بالسكنى حال وقوع الفرقة
والموت وهذه من مسايل القدوري ولم يذكر القدوري قوله والموت اذ ليس فيه كثير
طايل لان الفرقة تشمل الفرقة الحاصلة بالطلاق وغيره ثم الاصل في عدة الطلاق قوله
تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن نسب البيوت اليهن بحق السكنى كما قال تعالى وقرن في بيوتكن
وانما البيوت للازواج ثم السكنى عام يشمل البيت المملوك والمستاجر والمستعار حتى لو
كانت مع زايرة اهلها او كانت في غير بيتها لامر حين وقوع الطلاق انتقلت الى بيت سكناها
بلا تاخير وكذا في عدة الوفاة والاصل في عدة الوفاة قوله عليه السلام اسكني في بيتك وقد
مر قبيل هذا ومعنى قوله حتى يبلغ الكتاب اجله اي الذي كتب عليها من العدة **قوله** فان
كان نصيبها من دار الميت لا يكفيها واخرجها الورثة من نصيبهم انتقلت وهذا لفظ القدوري
يعني هذا الذي قلنا من وجوب العدة عليها في منزل سكناها في حالة الاختيار اما في حالة الضرورة فلها
ان تنتقل الى غيره لان الضرورات تبيح المحظورات كما اذا كان نصيبها وحده لا يكفيها ولا يرضى الورثة
بسكناها في نصيبهم فاخرجوها وكما اذا خافت انهدام المنزل او خافت على متاعها في ذلك المنزل من
سرقة او نهب وكذا اذا كانت في بعض الرساتيق فدخل عليها خوف من السلطان او غيره فلها ان
تنتقل الى المصر وكذا اذا كان المنزل باجرة وهي لا تقدر على اداها **قوله** ثم ان وقعت الفرقة
بطلاق باين او ثلاث لا بد من سترة بينهما ثم لا باس اي بعد وجود السترة لا باس بان يسكنا في منزل واحد
لان الرجل مسلم معتقد بالحرمة والظاهر من حال المسلم اجتناب الحرام الا اذا كان فاسقا يخاف عليها منه الفجور
فيكون خوف الفجور عذرا وان كانت السترة بينهما فتنتقل الى منزل اخر فيكون ذلك المنزل كالمنزل الاول
لا تنتقل منه الا ببعض الاعذار قالوا في شرح الجامع الصغير وان خرج الزوج وتركها فهو اولى احترازا
عن الخروج وان جعلا بينهما امراة ثقة تقدر على الحيلولة فحسن وان لم توجد امراة ثقة فللمعتدة الانتقال
الى منزل اخر لهذا العذر وكذا اذا ضاق البيت ولا تقدر امراة ثقة ان تحول بينهما تنتقل المعتدة
والاولى ان يخرج الرجل فيكتري منزلا اخر لنفسه ويتركها في المنزل الذي وقع فيه الفرقة **قوله**
الا ان يكون فاسقا اي يكون الزوج وهو استثنا من قوله لا باس مع السترة وقد مر بيانه انفا **قوله**
واذا خرجت المراة مع زوجها الى مكة فطلقها ثلاثا او مات عنها زوجها الى اخره هذه من المسايل المعادة
في الجامع الصغير اعلم ان الزوج اذا سافر بامراته فطلقها باينا او مات عنها في بعض الطريق فان كان
الى الجانبين اقل من ثلاثة ايام اعني به مقصدها ومنزلها تخير الى ايهما شات وان كان احدهما اقل من
ثلاثة ايام دون الاخر تخير الاقل وان كانا جميعا مسيرة ثلاثة ايام فان كانت في غير مصر تخير الى ايهما
شات سواء بمحرم او غير محرم لكن ينبغي ان تختار اقرب الجانبين لان الخوف عليها في ذلك المكان اكثر
من خوف الخروج بغير محرم كالتي اسلمت في دار الحرب لها ان تهاجر بغير محرم لخوفها على نفسها ودينها فهذه

في المفازة كذلك ولو كان المصر يقرب منها على حيط بين القافلة فليس لها ان تتخلف عن القافلة كذا في
شرح الطحاوي لكن الاولى هو الرجوع الى المنزل لانه حينيذ يتم عدتها في المنزل الذي امرت به
في قوله عليه السلام اسكني في بيتك وان كانت في مامن نحو مصر او قرية تربصت ولم تخرج سوا
وجدت محرما او لا هذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وعند صاحبيه كذلك اذا لم تجد محرما اما
اذا وجدت محرما فلها ان تخرج الى اي الجانبين شاءت لهما ان اصل الخروج مباح بالاتفاق بدليل انها
تخرج الى ما دون السفر بالاتفاق وانما النزاع في الخروج الى مدة السفر والمعتدة وان كان التربص في
منزلها عليها واجبا يجوز لها الانتقال عنه بعذر كانهدام المنزل وغيره واذى الغربة ووحشة
الانفراد عذر فيجوز لها ان تخرج من المصر الذي هي فيه الى منزلها او الى مقصدها بمحرم كما اذا كانت
في المفازة لان حاجتنا الى المبيح للسفر ووجود المحرم مبيح فصار السفر مع المحرم كما دون السفر مع غيره
فاطلق لها الخروج بمحرم ولابي حنيفة رضي الله عنه ان العدة امنع للخروج من عدم المحرم فاذا كان عدم
المحرم هنا مانعا فالعدة اولى بيانه ان العدة مانعة للخروج قليلا كان او كثيرا وعدم المحرم ليس بمانع
ما دون السفر بخلاف ما اذا كانت في المفازة فان عدم المحرم ليس بمانع للخروج لانها ليست بموضع
قرار فلا تكون العدة مانعة ايضا ولانها كانت تابعة الى الان للزوج في نية الاقامة والسفر والان كانت
اصلا بنفسها فاذا جاز لها السفر بمحرم كان في معنى انشا السفر حكما فلا يجوز بخلاف المفازة فان التحول
عنها ليس في معنى انشا السفر لانها ليست بدار الاقامة وبخلاف ما دون السفر حيث جاز لها ان تسير
اليه بمحرم وغير محرم سوا كانت في مصر او غيره لانه ليس بسفر لا حقيقة ولا حكما بل هو بناء على
الخروج الاول ولا نسلم ان اصل الخروج مباح بل هو حرام لقوله تعالى ولا يخرجن وانما يباح لها
الخروج بعذر ولا نسلم العذر اذا كانت في مامن ولا نسلم ان القياس صحيح على ما اذا كانت في المفازة
لوجود الفارق لان هنا لا تخرج بغير محرم بالاتفاق وفي المفازة لها ذلك وفايدة قيد الباين ما
قال شمس الايمة السرخسي في شرح الكافي ان كان الطلاق رجعيا فهي لا تفارق زوجها اذا سافر بها
ثم طلقها لان الرجعي لا يقطع النكاح بخلاف ما اذا طلق ثم سافر فليس له ان يسافر بها قبل الرجعة
عندنا خلافا لزفر لان المعتدة ممنوعة عن انشا السفر مع المحرم وغيره **قوله** الا ان الرجوع
اولى استثنا من قوله ان شات رجعت وان شات مضت يعني لها في الرجوع والمضي خيار اذا كانت ثلاثة
ايام الى المنزل وكذلك الى المقصد ايضا ولكن الرجوع اولى ليقع الاعتداد في المنزل المامور به في
العدة **قوله** الا ان يكون طلقها او مات عنها في مصر هذا ايضا استثنا من قوله ان شات رجعت
وان شات مضت يعني لها الخيار في ذلك الا اذا كانت في مصر فليس لها الخروج اصلا عند ابي حنيفة
وقد مر بيانه **قوله** عليها اي على المراة والله اعلم

باب ثبوت النسب

لما فرغ من بيان وجوه العدة من اعتبار الحيض والاشهر ووضع الحمل شرع في بيان ثبوت النسب لان ثبوت
نسب الولد من اثار الحمل فناسب ان يذكر هذا الباب عقيب باب العدة **قوله** ومن قال ان تزوجت
فلانة فهي طالق فتزوجها فولدت ولدا لستة اشهر من يوم تزوجها فهو ابنه وعليه المهر وهذه
من خواص مسايل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل
يقول ان تزوجت فلانة فهي طالق فتزوجها فجاءت بولد لستة اشهر من يوم تزوجها قال هو ابنه
وعليه المهر والمراد من قوله لستة اشهر لتمام ستة اشهر من حين تزوجها من غير زيادة ولا نقصان
وانما اريد من اليوم الحين اي مطلق الوقت لان اليوم اذا قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت
وقد مر بيانه في كتابنا الموسوم بالتبيين وانما قيدنا بقولنا من غير زيادة ولا نقصان لانها اذا جات

بالولد

بالولد لاكثر من ستة اشهر من وقت النكاح لا يثبت النسب لانها جات بالولد بعد الطلاق ظاهرا فلا
يثبت النسب ولا يجب العدة وذلك لان مدة الحمل لما تقدرت بستة اشهر لتيقنها كان العلوق بعد
الطلاق وكذا اذا جات بالولد لاقل من ستة اشهر من وقت النكاح لا يثبت النسب ايضا لان العلوق
يكون حينيذ قبل النكاح وانما يثبت النسب فيما اذا جات بالولد لتمام ستة اشهر من وقت النكاح ه
لان قيام النكاح ممن يحتمل العلوق منه قايم مقام الوطي في حق ثبات النسب لان النسب مما يحتاط
في اثباته وقد قال عليه السلام الولد للفراش وللعاهر الحجر اي لصاحب الفراش على حذف ه
المضاف كذا قال المطرزي والفراش العقد كذا فسر الكرخي في املايه لشرح الجامع الصغير وقد
ذكرنا نحن في فصل المحرمات ان الفراش كون المراة بحال لو جاءت بولد يثبت نسبه منه فيكون الوطي
زمان التزوج ثابتا حكما وان لم يوجد حقيقة والعبرة للفراش لا للما بالحديث ولهذا لو كان من
مايه ولم يكن له فراش لا يثبت النسب فان **قلت** ينبغي ان لا يثبت
النسب كما هو قول زفر لانه كما حصل النكاح وقع الطلاق فلم يكن من مايه لانه لم يمكن ان يقربها
قلت لا نسلم انه لا يمكن ان يقربها بعد النكاح اذ من
الجايز ان يكون على بطنها وحالة الانزال تزوجها والشهود عنده وقد علقت من ساعته
فيكون وقت النكاح ووقت الوطي واحدا وهذا وان كان نادرا يعتبر لان النسب يحتاط فيه ولين
سلمنا انه لا يمكن ان يقربها حقيقة لكنه جعل واطيا حكما بالحديث فكان الولد من مايه حكما فلا
يرد علينا السوال يوضحه ان امكان الدخول ليس بمعتبر عندنا في اثبات النسب ولهذا لو تزوجها
وبينهما مسيرة سنة فجات بالولد لستة اشهر ثبت النسب وان لم يتوهم الدخول لبعدها عنها ثم لما
ثبت النسب وجب عليه المهر كاملا لانها صارت في معنى المدخول بها قال الفقيه ابو الليث رحمه
الله قال ابو يوسف في الامالي ينبغي في القياس ان يجب على الزوج مهر ونصف لانه قد وقع الطلاق
عليها فوجب نصف المهر ومهرا اخر بالدخول قال الا ان ابا حنيفة استحسن وقال لا يجب الا مهر
واحد لانا جعلناه بمنزلة الدخول من طريق الحكم فتاكد ذلك الصداق واشتبه وجوب
الزيادة **قوله** فتاكد المهر به اي بثبوت النسب **قوله** ويثبت نسب ولد المطلقة الرجعية
اذا جات به لسنتين او اكثر ما لم تقر بانقضاء عدتها وهذه من مسايل القدوري وتمامه في مختصره
فان جات به لاقل من سنتين بانت وان جات به لاكثر من سنتين ثبت نسبه وكانت رجعة ه
والمبتوتة يثبت نسب ولدها اذا جات به لاقل من سنتين فان جات به لتمام سنتين من يوم
الفرقة لم يثبت الا ان يدعيه وهذه المسالة مبنية على معرفة اقل مدة الحمل واكثرها فعندنا
اقلها ستة اشهر واكثرها سنتان كما يجي بيانها في هذا الباب ان شا الله تعالى فبني على هذا فقلنا
كل موضع يباح الوطي فيه فمدة الحمل مقدرة بستة اشهر وهو اقرب الاوقات الا ان يلزم اثبات
رجعة بالشك او ايقاع طلاق بالشك او استحقاق مال بالشك فحينيذ يسند العلوق الى ابعد
الاوقات وهو ما قبل الطلاق لان هذه الاشيا لا تثبت بالشك وكل موضع لا يباح الوطي فيه
فمدة الحمل مقدرة بسنتين ويكون العلوق مسندا الى ابعد الاوقات للحاجة الى اثبات
النسب وامره مبني على الاحتياط ثم في الطلاق الرجعي اذا جات بولد لاقل من سنتين من وقت
الطلاق يثبت النسب ولا يصير مراجعا لانا لا نسند العلوق الى ابعد الاوقات لئلا يلزم اثبات
الرجعة بالشك على تقدير اسناده الى اقرب الاوقات وان جات به لاكثر من سنتين وان طال
الزمان يثبت النسب ويصير مراجعا لان امور المسلمين محمولة على الصحة والسلامة ما امكن

بيانه انها جازت ان تكون ممتدة الطهر فوطئها الزوج في اخر الطهر فعلقت اما في الطلاق البائن
فان جاءت به لاقل من سنتين من وقت الطلاق يثبت النسب باسناد العلوق الى ما قبل الطلاق
لان فيه حمل امرها على الصلاح وهو ممكن وان جاءت به لاكثر من سنتين لا يثبت النسب من الزوج لانه
علم يقينا ان الحمل حدث بعد البينونة سواء كان العلوق من الزوج او غيره فلا يثبت النسب
من الزوج الا ان يدعيه فحينئذ يثبت النسب لان له وجها صحيحا بان وطئها في عدتها بشبهة فحملت
منه فاذا ادعى ثبت النسب لتايد وجه الاحتمال بالدعوى ثم المبتوتة اذا جاءت بالولد لاكثر من
سنتين وقد اخذت نفقة جميع المدة ولم تقر بانقضاء عدتها فهل يلزمها رد شيء من النفقة على الزوج
ام لا قال ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله يلزمها رد نفقة ستة اشهر وقال ابو يوسف لا يلزمها رد
شيء اصلا وروى بشر عن ابي يوسف مثل قولهما كذا ذكر شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي له
انها معتدة ظاهرا لانها لم تقر بانقضاء العدة والمعتدة مستحقة للنفقة والزنا محتمل فلا يحمل
عليه فلو جعلنا كانها تزوجت بزوج اخر يلزم حمل امرها على الفساد وهو اخذها مال الزوج بغير حق
فلا يلزمها رد شيء ولنا ان هذا العلوق لا يخلو من احد الامرين اما ان يكون في العدة او بعدها فلا يجوز
الاول لان فيه حمل امرها على الفساد للزوم الزنا فتعين الثاني وهو ان يكون العلوق بعد العدة
بان انقضت عدتها وتزوجت بزوج اخر فعلقت منه وتزوجها نفسها صار كالاقرار بانقضاء العدة
وبعد انقضاء العدة لا تستحق النفقة فيجب عليها رد ما اخذته بعد الانقضاء في مقدار ستة اشهر لانها
ادنى مدة الحبل وفيما بقين وفيما وراء ذلك شك ثم اعلم انه يجيء قوله يثبت نسب ولد المطلقة في الرجعي
والبائن فيما اذا كان ثمة شهادة او اعتراف من الزوج بالحبل او حبل ظاهر كما يجيء بيانه بعد هذا
عند قوله واذا ولدت المعتدة ولدا **قوله** والمبتوتة وهي المطلقة طلاقا بائنا او ثلاثا قوله قائما
اي ثابتا **قوله** وان جاءت به لتمام سنتين اي ان جاءت المبتوتة بالولد **قوله** الا ان يدعيه استثناء
من قوله لم يثبت اي لم يثبت النسب اذا جاءت المبتوتة لتمام سنتين الا ان يدعي الزوج الولد لانه
التزمه وله وجه صحيح بان وطئها بشبهة في العدة ثم اذا ادعى الزوج ثبت النسب ولكن هل يحتاج
الى تصديق المراة ام لا قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي فيه روايتان في رواية يحتاج الى
تصديقها وفي رواية لا يحتاج الى تصديقها ولم يذكره السرخسي في شرح الكافي والبزدوي في الشامل
قوله فان كانت المبتوتة صغيرة يجامع مثلها فجاءت بولد لتسعة اشهر لم يلزمه حتى تاتي به لاقل
من تسعة اشهر عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يثبت النسب منه الى سنتين وهذه من
مسائل الجامع الصغير اعلم ان الصغيرة اذا طلقها زوجها فلا يخلو اما ان طلقها قبل الدخول او
بعده فان طلقها قبل الدخول فجاءت بولد لاقل من ستة اشهر من وقت الطلاق ثبت النسب وان
جاءت لاكثر من ستة اشهر لا يثبت لحصول العلوق بعد انقضاء العدة وان طلقها بعد الدخول فلا
تخلو اما ان اقرت بانقضاء العدة بعد ثلاثة اشهر او لم تقر فان اقرت ثم جاءت بولد لاقل من ستة
اشهر من وقت الاقرار ثبت النسب وان جاءت به لستة اشهر او اكثر لم يثبت النسب لانقضاء العدة ومجيء
الولد لمدة حبل تام بعده فان لم تقر بانقضاء العدة ولم تدع حبلا فعلى قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما
الله ان جاءت بالولد لاقل من تسعة اشهر من وقت الطلاق ثبت النسب والا فلا وعند ابي يوسف ره
يثبت النسب الى سنتين في الطلاق البائن والى سبعة وعشرين شهرا في الطلاق الرجعي لانه يحتمل انه
وطئها في اخر عدتها وهي ثلاثة اشهر فعلقت ثم مدة الحبل سنتان فالمجموع سبعة وعشرون شهرا اه
وجه قول ابي يوسف ان هذه معتدة تحتمل ان تحبل ساعة فساعة لانها مراهقة فاذا جاءت بالولد لاقل

من سنتين

من سنتين من وقت الطلاق البائن علم ان العلوق كان قبل الطلاق فيثبت النسب كما في الكبيرة ه
وان جاءت به لاكثر من ذلك لا يثبت النسب لحصول العلوق بعد البينونة وفي الرجعي يثبت النسب
الى سبعة وعشرين شهرا لان عدتها ثلاثة اشهر ومدة حملها بعد ذلك سنتان وان جاءت به لاكثر
من ذلك لا يثبت النسب ووجه قولهما ان عدة الصغيرة ذات جهة واحدة وهي ثلاثة الاشهر التي عينها
النص وما كان متعينا شرعا كان السكوت والبيان فيه سواء فان انقضت ثلاثة اشهر حكم بانقضاء عدتها
فصار كاقرارها بالانقضاء فلو اقرت بالانقضاء ثم جاءت بالولد لاكثر من ستة اشهر لا يثبت النسب فكذلك
هنا لما مضت ثلاثة اشهر ثم يمضي بعدها ستة اشهر وذلك تسعة لا يثبت النسب سواء كان الطلاق
بائنا او رجعيا بل الحكم بانقضاء العدة بالشرع اقوى من انقضائها باقرار المراة لان حكم الشرع لا يحتمل
الخلاف واقرارها يحتمل ذلك اما الصغيرة المتوفى عنها زوجها فان اقرت بانقضاء العدة بعد اربعة اشهر
وعشر ثم جاءت بالولد لستة اشهر وعشر ثم جاءت بالولد لستة اشهر او اكثر لا يثبت النسب وان ادعت
حبلا يثبت النسب لاقل من سنتين وان لم تقر بانقضاء العدة ولم تدع حبلا فعندهما اذا ولدت لاقل من
عشرة اشهر وعشرة ايام بساعة يثبت النسب والا فلا وعند ابي يوسف ان جاءت بالولد لاقل من
سنتين من وقت وفاة الزوج يثبت النسب والا فلا لان سكوتها بمنزلة الاقرار بالحبل عنده اما عندهما
فسكوتها بمنزلة الاقرار بانقضاء العدة لان عدتها ذات جهة واحدة لانها لا تحتمل الحبل لصغرها
قوله لا تنقضي عدتها اي عدة الصغيرة جهة متعينة وهي الاشهر لقوله تعالى واللائي لم يحضن
قوله وهو في الدلالة فوق اقرارها اي حكم الشرع في الدلالة على انقضاء العدة فوق اقرار المراة
بانقضاء العدة لان اقرارها يحتمل الكذب والخلاف وحكم الشرع لا **قوله** وان كانت الصغيرة ادعت
الحبل في العدة فالجواب فيها وفي الكبيرة سواء وذلك لانها اعترفت بامر عدتها من غيرها حتى يثبت نسب
ولدها لاقل من سنتين في الطلاق البائن ولاقل من سبعة وعشرين شهرا في الرجعي وبه صرح في شرح
الطحاوي الا ان في الكبيرة يثبت النسب لاكثر من سنتين وان طال الزمان في الطلاق الرجعي لاحتمال
انها كانت ممتدة الطهر فوطئها في اخر طهرها وهنا في الصغيرة اذا مضت ثلاثة اشهر بعد الطلاق
تحكم بانقضاء العدة ثم اذا ولدت بعد ذلك لاقل من سنتين يكون العلوق في العدة ويثبت النسب والا
فلا **قوله** ويثبت نسب ولد المتوفى عنها زوجها ما بين الوفاة وبين السنتين وهذه من مسائل
القدوري وهذا اذا لم تكن المتوفى عنها زوجها صغيرة لان نسب ولدها يثبت اذا ولدت لاقل من
عشرة اشهر وعشرة ايام وان ولدت لاكثر من ذلك لا يثبت عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي
يوسف والمسئلة محفوظة في شرح الكافي وقد بيناها قبل هذا يدل عليه قول صاحب الهداية
ايضا في المتن في بيان الدليل بخلاف الصغيرة وينبغي لك ان تعرف ان نسب المتوفى عنها زوجها انما
يثبت ما بين الوفاة وبين السنتين اذا لم تعترف بانقضاء العدة فاذا اعترفت بالانقضاء فولدت لاقل من
ستة اشهر من وقت الاقرار يثبت النسب والا فلا يدل عليه المسئلة الثانية وهذا احد هيناه
وقال زفر اذا لم تدع الحبل في مدة العدة وجاءت به لعشرة اشهر وعشرة ايام لم يثبت النسب
قياسا على الصغيرة المتوفى عنها زوجها ولان عدة المتوفى عنها زوجها ذات جهة واحدة وهي ه
الاشهر لقوله تعالى يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا الا اذا كانت مملوكة فتكون عدتها شهرين
وخمسة ايام لان الرق منصف فاذا انقضت ايام العدة ولم تدع الحبل والاصل عدم الحبل حكمنا ه
بانقضاء العدة لتعين الجهة ثم بعد انقضاء العدة اذا ولدت لاقل من ستة اشهر ثبت النسب لانا تيقنا
بوجود الحبل قبل انقضاء العدة واذا ولدت لاكثر من ذلك فلا لاحتمال حدوث الحبل فلا يثبت النسب

بالشك ولنا ان المتوفى عنها زوجها عدتها ذات جهتين لانها اذا كانت حاملا فعدتها وضع الحمل وان
لم تكن حاملا فعدتها الاشهر فبمجرد انقضاء الاشهر لا نحكم بانقضاء العدة ما لم تقر بذلك لعدم تعين
الجهة بخلاف الصغيرة فان الصغر مناف للحبل فاذا انقضت اربعة اشهر وعشرة ايام ولم
تدع الحبل حكمنا بانقضاء العدة لتعين الجهة وان لم تقر بانقضائها ثم اذا ولدت لاقل من ستة
اشهر بعد انقضاء العدة ثبت النسب وان ولدت لاكثر من ذلك فلا لوجود الشك لانه يحتمل ان
يكون الحبل حادثا **قوله** كما بيناه في الصغيرة اشارة الى قوله ان لانقضاء عدتها جهة متعينة
وجوابه مر انفا **قوله** لانها ليست بمحل قبل البلوغ وفيه شك اي لان الصغيرة ليست بمحل للحمل
قبل البلوغ وفي البلوغ شك وان كان الصغر ثابتا بيقين فلا يزول بالشك **قوله** واذا اعترفت
المعتدة بانقضاء عدتها ثم جاءت بالولد لاقل من ستة اشهر يثبت نسبه وهذه من مسائل مختصر
القدوري وتمامها فيه وان جاءت به لستة اشهر لم يثبت قال الشيخ ابو نصر البغدادي قال الشافعي
يثبت منه الا ان يكون قد تزوجت فيثبت من الثاني او تاتي به لاكثر من اربع سنين وهذا الذي
ذكره القدوري يتناول كل معتدة سواء كانت معتدة عن وفاة او عن طلاق باين او رجعي لانه
اطلق المعتدة ولم يقيدها يدل عليه ما ذكر فخر الاسلام البزدوي وغيره في شروح الجامع الصغير
بقولهم اذا اقرت بانقضاء العدة في الطلاق البائن او الرجعي في مدة تصلح لثلاثة اقراء ثم ولدت
فان ولدت لاقل من ستة اشهر منذ اقرت ولاقل من سنتين منذ بانت وفي الرجعي كيف ما كان بعد ان
يكون لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار ثبت النسب لعلمنا ببطلان الاقرار وان ولدت لستة اشهر
منذ اقرت لم يثبت لانا لم نعلم بفساد الاقرار وكذلك في الوفاة اذا اقرت بانقضاء العدة بعد مضي
اربعة اشهر وعشرة ايام ثم ولدت لاقل من ستة اشهر منذ اقرت ثبت النسب واذا ولدت لستة
اشهر فصاعدا لم يثبت لان عدة الوفاة تحتمل الانقضاء بالحمل وبالاشهر فاذا اقرت بانقضاء العدة
بالاشهر صح اقرارها واذا لم تقر وجب الانقضاء بالحمل ويثبت النسب الى سنتين واما الايسة اذا
ولدت بعد الطلاق الرجعي او البائن فحكمها حكم ذوات الاقراء لان الاياس يبطل بالولادة فيثبت نسب
ولدها في البائن لاقل من سنتين وفي الرجعي لاكثر من ذلك ما لم تقر بانقضاء العدة اما اذا اقرت بانقضاء
العدة مفسرا بثلاثة اشهر او مطلقا في مدة تصلح لثلاثة اقراء ثم ولدت لاقل من ستة اشهر من
وقت الاقرار يثبت النسب والا فلا لان مطلق اقرارها يحمل على الاقراء لما بطل الاياس وفي الوفاة
اذا اقرت بالانقضاء ثم ولدت فهي بمنزلة ذوات الاقراء بلا فصل حتى اذا ولدت بعد مضي اربعة
اشهر وعشرة ايام لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار ثبت النسب والا فلا فان قلت
ينبغي ان يثبت النسب وان ولدت به لاكثر من ستة اشهر من وقت الاقرار لانها اتت بالولد مدة
حملها جاز ان يكون منه وليس ثمه ما هو اولى منه قلت
الغنا ابتناء في اخبارهن عن عدتهن والقول قول الامين ما لم يثبت كذبه فاذا ولدت لاقل
من ستة اشهر ظهر انها كانت حبلى في العدة فثبت كذبها في الاقرار بانقضاء عدتها واذا ولدت
لاكثر من ستة اشهر من وقت الاقرار لم يثبت كذبها ولم يبطل اقرارها ولم يثبت النسب لاحتمال حدوث
الحبل فظهر الفرق **قوله** وهذا اللفظ باطلاقه اي لفظ القدوري وهو قوله واذا اعترفت
المعتدة مر بيانه انفا **قوله** واذا ولدت المعتدة ولدا لم يثبت نسبه عند ابي حنيفة رضي الله
عنه الا ان يشهد بولادتها رجلان او رجل وامراتان الا ان يكون هناك حبل ظاهر او اعتراف من قبل
الزوج فيثبت النسب من غير شهادة وقال ابو يوسف ومحمد يثبت في الجميع بشهادة امراة واحدة وهذه

من مسايل

من مسايل القدوري رحمه الله اعلم ان المعتدة اذا ولدت لا يثبت نسب ولدها ما لم يوجد الشهادة
التامة اعني شهادة رجلين او رجل وامراتين عند ابي حنيفة رضي الله عنه الا اذا كان الحبل ظاهرا
او كان اعترف به الزوج فيثبت النسب بغير شهادة تامة وعندهما يثبت النسب في جميع الصور
اعني فيما اذا كان الحبل ظاهرا والاعتراف ثابتا او لم يكن بشهادة امراة واحدة وهذا في شرح الكافي
المراة الواحدة بالقابلة وينبغي ان تكون القابلة حرة عدلة كما صرح به في الشامل وقال الحاكم الشهيد
رحمه الله في الكافي وقال ابو يوسف رحمه الله في الكافي وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يقبل
شهادة المراة اذا كانت حرة مسلمة ويثبت النسب وله الميراث وينبغي لك ان تعرف ان المعتدة باطلاقها
يتناول المعتدة عن وفاة او عن طلاق باين او رجعي ولهذا قال فخر الاسلام البزدوي رحمه الله
في شرح الجامع الصغير واما ان ادعت انها ولدت وذلك بعد الوفاة او طلاق باين لم يثبت
ذلك الا بشهادة رجلين او رجل وامراتين عند ابي حنيفة وكذلك بعد الطلاق الرجعي وقال ابو
يوسف ومحمد رحمهما الله يثبت بشهادة القابلة الى هنا لفظ البزدوي وقال في المختلف شهادة
القابلة على الولادة لا تقبل الا مؤيدة وهو ظهور الحبل او اقرار الزوج بالحبل او قيام الفراش
حتى ان المعتدة عن وفاة اذا كذبها الورثة في الولادة وفي الطلاق البائن اذا كذبها الزوج وفي
تعليق الطلاق بالولادة لا تقبل الا ببينة فلا تقبل شهادة القابلة الا عند ما ذكرنا من القراين
وعندهما يقضى بشهادة القابلة وحدها الى هنا لفظ المختلف وجه قولهما ما روي عن سعيد بن
المسيب وغيره عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال شهادة النساء جايزة فيما لا يستطيع
الرجال النظر اليه واللام للجنس وهو واقع على الادنى مع احتمال الكل فجازت شهادة القابلة
ولهذا الولد لو كان الفراش قايما او الحبل ظاهرا او اعترف به الزوج يثبت النسب بشهادة المراة
فكذلك هنا لضرورة انه لا يطلع عليه الرجال ولان قيام العدة ملزم للنسب ولا حاجة الى ذلك وانما
الحاجة الى تعيين الولادة فيثبت التعيين بشهادة القابلة كما في حال قيام الفراش او اقرار الزوج
بالحبل او ظهور الحبل ووجه قول ابي حنيفة رضي الله عنه ان المراة لما ولدت صارت اجنبية
لانقضاء عدتها ونسب ولد الاجنبية من الاجنبي لا يثبت الا بحجة تامة فلا يقضى بشهادة القابلة
وحدها بخلاف ما اذا كان الفراش قايما فان ثبوت النسب بالفراش وانما ظهرت الولادة بالشهادة
وكذلك اقرار الزوج بالحبل او ظهور الحبل في حال قيام النكاح يثبت به وشهادة القابلة لتعيين
الولد فحسب ولان شهادة النساء حجة ضعيفة لقوله عليه السلام انهن ناقصات العقل والدين
فلا بد من ان تتايد بمؤيد ولهذا لا تجوز شهادتهن اصلا فيما يطلع عليه الرجال وان كثرن وقيام
الفراش مؤيد لان الفراش اذا كان قايما يتوقع الولد في كل وقت وكذا اذا اقر الزوج او كان الحبل
ظاهرا ويجوز ان يمنع قولهما بان يقال لا نسلم ان امر الولادة مما لا يطلع عليه الرجال بل يمكن
اطلاع الرجال عليه بالاستهلال فلا يعتبر قول الواحد وما ذكره صاحب الهداية في تعليل
قولهما بقوله لان الفراش قايم بقيام العدة فيه نظر لانه ان اراد بقيام الفراش كون المراة
منكوحة في الحال فليست كذلك لان النكاح قد زال بالوفاة والبينونة وان اراد به قيام الحل
فليس كذلك لان الحل ينتفي بعد الوفاة والبينونة وهو خلاف اطلاق هذا اللفظ فخر الاسلام
البزدوي في شرح الجامع الصغير **قوله** وان كانت معتدة عن وفاة فصدقها الورثة في
الولادة ولم يشهد على الولادة احد فهو ابنه في قولهم جميعا وهذه من المسايل الحادثة في الجامع
الصغير واصل المسيلة في كتاب الدعوى وصورتها في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة

في الرجل يموت عن امرأته فتأتي بولد فيصدقها الورثة انها ولدته قال هو ابنه ويرثه وان لم يشهد على الولادة احد قال فخر الاسلام البزدوي رحمه الله معنى هذا الكلام اذا اقر جميع الورثة له فيثبت ذلك باقرارهم او اقر به جماعة يقطع الحكم بشهادتهم بان صدقها رجلان منهم او رجل وامرأتان منهم توجب الحكم باثبات نسبه حتى يشارك المصدقين والمنكرين جميعا وهذا جواب الاستحسان وفي القياس لا يثبت النسب لانهم اقروا على الميت كذا ذكر الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير وجه الاستحسان انه لا تهمة في قولهم فصار قولهم بمنزلة الاقرار من وجه والشهادة من وجه فلما اشبه الشهادة ثبت النسب بقول الورثة ولما اشبه الاقرار جاز وان لم يكن بلفظ الشهادة واختلف مشايخنا في لفظة الشهادة هل يشترط من الورثة ام لا قال بعضهم يشترط بعد ان يكون في مجلس الحكم كذا قال فخر الاسلام وذلك لان النسب لا يثبت في حق الناس كافة الا بلفظة الشهادة وقال بعضهم لا يشترط واليه ذهب الفقيه ابو الليث رحمه الله وفي لفظ الجامع الصغير اشارة اليه لانه قد صدقها الورثة ولم يقل شهد الورثة وذلك لان لفظة الشهادة انما يشترط عند قيام المنازعة في مجلس القضا ولا منازعة هنا لان الورثة لما صدقوها ارتفعت المنازعة فصار ذلك بمنزلة حبل ظاهر ولان ثبوت النسب في حق غيرهم تبع للثبوت في حقهم وما ثبت تبعا وبناء لا يراعى فيه الشرائط كثبوت الاقامة من الجند اذا كانوا في المفازة او البحر مقيمين تبعا للسلطان ثم اذا نوى الاقامة في المصر ولم يراع موضع الاقامة في حقهم وهو ثبوت المدة تبعا كذا قال شيخنا برهان الدين الخبازي المغيني رحمه الله وهذا اذا صدقها الورثة اما اذا لم يصدقها الورثة فلا يثبت النسب الا بشهادة رجلين او رجل وامرأتين وقد مر بيانه في المسئلة المتقدمة **قوله** فهل يثبت في حق غيرهم اي هل يثبت النسب في حق غير المصدقين وغيرهم هم المنكرون من الورثة وغير غيرهم الميت فاذا كان المصدقون من اهل الشهادة بان كانوا ذكورا او ذكورا واناثا يثبت النسب في حق غيرهم حتى يشارك الولد المنكرين ايضا في الارث ويطالب غريم الميت بدينه **قوله** واذا تزوج الرجل امرأة فجاءت بولد لاقل من ستة اشهر منذ يوم تزوجها لم يثبت نسبه وهذه من مسائل القدوري وانما لم يثبت النسب لان اقل مدة الحمل ستة اشهر بالاجماع فاذا ولدت لاقل من ذلك من وقت النكاح يعلم يقينا ان العلوق كان قبل العقد فلا يثبت النسب **قوله** وان جاءت به لستة اشهر فصاعدا يثبت نسبه منه اعترف الزوج او سكت وهذا ايضا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان العلوق حصل في ملكه اما اذا ولدته لاكثر من ستة اشهر فظاهر وكذا اذا ولدته لستة اشهر لاحتمال انه تزوجها وهو عليها فوافق الانزال النكاح والنسب يحتاط في اثباته فيثبت فان قيل [illegible] مثل هذا الاحتمال موجود في المبتوتة اذا ولدت لسنتين اذ يجوز ان يطلقها وهو عليها فيوافق الانزال الطلاق ومع هذا لا يثبت النسب قلنا [illegible] انما ثبت النسب هنا لحمل امرها على الصلاح لانه لو لم يثبت النسب يلزم اما ان يكون الولد من الزنا او من زوج آخر قبل هذا الزوج وكلاهما فيه حمل امرها على الفساد اما الزنا فظاهر وكذا اذا كان الولد من زوج آخر لان نكاح المعتدة لا يجوز بخلاف المبتوتة فان نسب ولدها اذا لم يثبت من الزوج الذي طلقها لوجود الشك لا يلزم حمل امرها على الفساد اذ من الجائز ان ينقضي عدتها فتتزوج بزوج آخر فليس فيه حمل امرها على الفساد فظهر الفرق **قوله** فان جحد الولادة يثبت بشهادة امرأة واحدة تشهد بالولادة وهذه من مسائل القدوري وهي لفظة في مختصره وقال محمد رحمه الله في الجامع الصغير في امرأة ولدت فقال الزوج لم تلد به فشهدت به المرأة فنفاه الزوج لاعن واراد بامرأة واحدة حرة مسلمة وبه

صرح في المبسوط اعلم ان هنا اختلافا فاذكره في شرح الكافي فعندنا تقبل شهادة امرأة حرة مسلمة على الولادة ويثبت النسب وعند الشافعي لا بد من اربع نسوة وعند ابن ابي ليلى لا بد من شهادة امرأتين لان المعتبر في باب الشهادة العدد والذكورة فسقط الذكورة للضرورة وبقي العدد وجه قول الشافعي ان الحجة لا تتم الا بشهادة رجلين واربع نسوة تقوم مقام رجلين فسقط الذكورة وبقي العدد لما قلنا ولنا ان هذا امر لا يطلع عليه الرجال فيقبل فيه قول النساء منفردات وكل ما يقبل فيه قول النساء منفردات يقبل فيه قول الواحدة كما في الاخبار عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان هذا اخبار من وجه وشهادة من وجه لاختصاصه بمجلس الحكم فما تردد بين شيئين يوفر حظه منهما فباعتبار الاول لم يكن العدد والذكورة شرطا وباعتبار الثاني كان الحرية ولفظة الشهادة شرطا ثم لما ثبت الولادة بشهادتها ثبت النسب بالفراش لان نسب ولد المنكوحة يثبت من غير دعوة فاذا انفاه الزوج لاعن لان اللعان يجب بالقذف الصحيح لا بشهادة المرأة ولا يتعلق اللعان بنفي الولد لا محالة فانه يجري بدون نفي الولد فاعتبر القذف منفصلا عن نفي الولد فصار كانه لم ينفه فثبت النسب بالفراش القائم ولا ينتفي الا باللعان على نفيه في مدة يصح نفيه فيها وقد مر بيان المدة في باب اللعان وكذلك لو قال لامته ان كان في بطنك ولد فهو مني فشهدت امرأة على الولادة ثبت النسب وصارت الجارية ام ولد له لان شهادة القابلة في الولادة وتعيين الولد صحيحة فيثبت النسب بدعوة الرجل بقوله فهو مني ثم امومية الولد تابعة لثبات النسب فتثبت امومية ايضا **قوله** من ضرورته اي من ضرورة اللعان **قوله** فان ولدت ثم اختلفا فقال الزوج تزوجتك منذ اربعة اشهر وقالت تزوجني منذ ستة اشهر فالقول قولها وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة واصل المسئلة في كتاب الدعوى وصورتها في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل تزوج امرأة فجاءت بولد فقال تزوجتك منذ اربعة اشهر وقالت هي تزوجني منذ ستة اشهر قال القول قولها وهو ابنه وذلك لان حال المسلمين محمول على الصلاح فعلى اعتبار قوله يلزم الحمل على الفساد لانه حينئذ يكون الحمل من الزنا او من عقد فاسد وليس غرض الزوج الا ابطال النسب فلا يصدق على ابطاله لانه ثابت بالفراش فلا يبطل النكاح بهذا الكلام واقدام الزوج على ذلك وبه صرح البزدوي في شرح الجامع الصغير لان الشرع لما الزمه النسب صار مكذبا وصار كمن قال لامرأته وهي معروفة النسب هذه بنتي ودام عليه ان النكاح لا يبطل فكذلك ها هنا **قوله** لان الظاهر شاهد لها لان الظاهر شاهد له ايضا لان الاصل في الحوادث ان يضاف الى اقرب الاوقات فتعارضا فلا بد من دليل الترجيح لانا نقول الجواب اندرج فيما بينا قبل هذا وهو لزوم حمل امرها على الفساد على تقدير اعتبار قول الزوج فلا يجوز ذلك **قوله** ولم يذكر الاستحلاف اي لم يذكر محمد رحمه الله ان المرأة تستحلف ام لا فيجب ان يكون على الاختلاف المعروف في الاشياء الستة فتستحلف عندهما خلافا لابي حنيفة لان الاختلاف وقع في النسب والنكاح **قوله** وان قال لامرأته اذا ولدت ولدا فانت طالق فشهدت امرأة على الولادة لم تطلق عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقال ابو يوسف ومحمد تطلق وهذه من المسائل المعادة في الجامع الصغير وصورتها فيه اذا علق رجل طلاق امرأته بولادتها فقالت ولدت فشهدت به القابلة ولم يقر بالحبل ولا كان ظاهرا لم يقبل للطلاق الا شهادة رجلين او رجل وامرأتين عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقال ابو يوسف ومحمد تقبل شهادة القابلة فعن هذا عرفت ان صاحب الهداية ترك قيدين في المسئلة فلا بد من ذلك احدهما عدم اقرار الزوج له بالحبل والآخر عدم كون الحبل ظاهرا فهنا مسئلتان اما ان يقر الزوج بالحبل او لم يقر فان لم يقر

الزوج بالحبل لا يقع الطلاق بقولها ولدت ولا يثبت النسب بالاتفاق اذا لم تشهد القابلة اما اذا شهدت القابلة ففيه اختلاف قال ابو حنيفة رضي الله عنه يثبت النسب ولكن لا يقع الطلاق وقال صاحباه يثبت النسب ويقع الطلاق لقوله عليه السلام شهادة النسا جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه فلما قبلت شهادة القابلة في الولادة قبلت فيما يبتني على الولادة ايضا وهو الطلاق ولان وقوع الطلاق متعلق بها ولان شهادة القابلة حجة تامة في حال قيام الفراش في حق ثبوت النسب وغيره واستشهد ابو يوسف ومحمد رحمهما الله في الاصل بقولهما الا ترى انه لو قال ان كان بامتي هذه حمل فهو مني فولدت بعد هذا القول لاقل من ستة اشهر فانكر ان تكون ولدته وشهدت امراة على الولادة ثبت النسب وكانت الامة ام ولد له وكذلك لو ولدت امراة رجل فقال الزوج ليس هو مني ولا ادري ولدته ام لا فشهدت امراة على الولادة وجب اللعان وان كان الزوج عبدا او حرا محدودا في قذف والمراة حرة مسلمة وجب الحد على الزوج وثبت النسب وهذه كله شهادة امراة فكذلك الطلاق ولابي حنيفة رضي الله عنه انها ادعت الحنث على الزوج وهو وقوع الطلاق والزوج ينكر ذلك فلا بد من حجة تامة وشهادة القابلة ليست بحجة تامة لان شهادتها انما قبلت للضرورة لان مجلس الولادة لا يطلع عليها الرجال والثابت بالضرورة لا يتعدى موضع الضرورة والحكم المختص بها والحكم المختص بالولادة امومية الولد وثبوت اللعان عند نفي الولد فاما وقوع الطلاق والعتاق فليس بحكم مختص بالولادة لوجود الانفكاك بين الولادة والطلاق وجودا وعدما فلا يقبل قول القابلة في حق الطلاق ولانها امينة في حق الولد لا والطلاق ليس من احكام الولد فلا يقبل قولها فيه كما اذا قال لامراته اذا حضت فانت طالق وفلانة فقالت حضت فانها تصدق في طلاق نفسها لا في طلاق ضرتها لانها امينة في امر نفسها لا غير فكذلك هنا تصدق في النسب لا في الطلاق وكذلك الخلاف فيما اذا شهدت امراة على استهلال الصبي عند دعوى حياته لتورث لم يقبل عند ابي حنيفة خلافا لهما اما اذا اقر الزوج بالحبل ثم علق طلاقها بالولادة فقالت ولدت وكذبها الزوج وقع الطلاق من غير شهادة القابلة عند ابي حنيفة رضي الله عنه وعندهما لا يقع الطلاق ما لم تشهد القابلة بالولادة لانها ادعت الحنث وهو وقوع الطلاق على الزوج والزوج ينكر ذلك فلا بد من الحجة عند وقوع المنازعة وشهادة القابلة حجة في باب الولادة فما لم تشهد لا يقع الطلاق ولابي حنيفة ان الزوج جعلها امينة في الولادة لما صدقها على الحبل لان الولد لا بد له من الخروج من الرحم حيا كان او ميتا فيقبل قولها كما اذا قال لها اذا حضت فانت طالق فقالت حضت يقع الطلاق لانها امينة في الاخبار فكذلك هنا بخلاف النسب حيث لا يثبت بمجرد قولها ما لم تشهد القابلة لان الولد لا يدري انه كان حيا او ميتا فلا يصدق على النسب ما لم تشهد القابلة لان بقول المراة يثبت مجرد الولادة ولا يلزم من ذلك تعين هذا الولد فلا بد من شهادة القابلة في تعين الولد **قوله** لانه ينفك عنها اي لان الطلاق ينفك عن الولادة **قوله** وشهادتها حجة فيه اي شهادة القابلة حجة في الحنث **قوله** اقرار بما يفضي اليه اي بالشي الذي يفضي الحبل الى ذلك الشي والضمير في وهو الولادة راجع الى ما **قوله** قال واكثر مدة الحمل سنتان اي قال القدوري في مختصره وانما قدم القدوري بيان اكثر مدة الحمل على اقلها لشرف العناية بها لان الخلاف وقع في الاكثر لا الاقل اعلم ان اقل مدة الحمل ستة اشهر لقوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا وقوله تعالى في موضع اخر وفصاله في عامين فلما دفع مدة **الفصال** من ثلاثين شهرا بقي للحمل ستة اشهر لا محالة وقال محمد في الاصل بلغنا عن عثمان بن عفان رضي

الله عنه انه اتي بامراة قد ولدت لستة اشهر فهم برجمها فقال ابن عباس رضي الله عنهما اما انها لو خاصمتكم بكتاب الله تعالى لخصمتكم قال الله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا وقال في مكان اخر وفصاله في عامين فصار الحمل ستة اشهر فدرا عثمان عنها الحد وقال ايضا وبلغنا عن علي بن ابي طالب مثل قول ابن عباس اما اكثر مدة الحمل ففيه اختلاف فعندنا سنتان وعند مالك والشافعي اربع سنين وعند ليث بن سعد ثلاث سنين وعند الزهري سبع سنين واحتج الشافعي بحكايات مثل ان محمد بن عجلان مولى فاطمة بنت الوليد بن عقبة بقي في بطن امه اربع سنين وكذلك هرم بن حيان بقي هرما لهذا والضحاك بن مزاحم هكذا اسمي ضحاكا لهذا لانه ضحك حين ولد وعبد العزيز الماجشوني ولدته امه لاربع سنين وهي عادة معروفة في نساء ماجشون وروي عن الحلا بن عبد الرحمن المخزومي هكذا ولنا ما روى اصحابنا رضي الله عنهم في المبسوط وغيره عن عائشة رضي الله عنها انها قالت الولد لا يبقى في بطن امه اكثر من سنتين ولو بظل مغزل وفي رواية المبسوط ولو بفلكة مغزل اي بقدر ظل مغزل او بقدر فلكة مغزل وهو مثل في تقليل المدة يعني لا يبقى لاكثر من سنتين وان قل والظاهر انها قالته سماعا من رسول الله صلى الله عليه وسلم لان العقل لا يهتدي اليه لان ما في الرحم لا يعلمه الا الله تعالى لقوله تعالى ويعلم ما في الارحام وما زاد على سنتين نادر جدا فلا يجوز بنا الحكم على النادر والحكايات محتملة فلا يعول عليها وذاك لان من عادة المراة انها تحسب حملها من زمان انقطاع الحيض وانقطاع الحيض كما يكون بالحبل يكون بآفة اخرى فيجوز انه ينقطع حيضها بسبب المرض سنتين ثم حبلت فبقي الحبل الى سنتين فظنت انها حبلت اربع ولان ما قلنا يقين لكونه اقل وفيه الاثر وما زاد على ذلك ففيه شك ولا اثر فيه فلا يعتبر والفصل في الفصال كالفطم والفطام وزنا ومعنى **قوله** ومن تزوج امة فطلقها ثم اشتراها فان جاءت بولد لاقل من ستة اشهر منذ يوم اشتراها لزمه والا لم يلزمه وهذه من خواص الجامع الصغير فلهذا اللفظ اوردها الصدر الشهيد رحمه الله في شرح الجامع الصغير ثم قال يريد به اذا طلقها بعد الدخول بها فانه لو كان الطلاق قبل الدخول بها لا يلزمه الولد الا ان يجي بالولد لاقل من ستة اشهر من وقت الطلاق وتلزم بعض الشارحين ولنا فيه نظر لان الطلاق قبل الدخول باين والحكم في المبانة ان نسب ولدها يثبت الى سنتين من وقت الطلاق وقد بيناه ثم ان محمدا رحمه الله وضع المسئلة في الجامع الصغير في المدخول بها وقال محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل تزوج امة قد دخل بها ثم طلقها ثم اشتراها ثم جاءت بولد فقال ان جاءت به لاقل من ستة اشهر من يوم اشتراها لزمه وان جاءت به لاكثر من ذلك لم يلزمه وفي بعض نسخ الجامع الصغير لم يذكر لفظ ثم طلقها ولا تفاوت في الحكم بينهما على ما نبين ان شاء الله اعلم ان هذه المسئلة لا تخلو من ثلاثة اوجه اما ان يكون الطلاق رجعيا او باينا او ثنتين اما اذا كان رجعيا فجاءت بولد لاقل من ستة اشهر من وقت الشرا ثبت النسب لان العلوق علم يقينا انه كان قبل الشرا وقبل الشرا هي معتدة ونسب ولد المعتدة يثبت من غير دعوة وكذا اذا لم يكن ثم طلاق اصلا لانه حينئذ يكون الولد ولد المنكوحة ولا حاجة الى الدعوة في نسبه بخلاف ما اذا ولدت لاكثر من ستة اشهر من وقت الشرا حيث لا يثبت النسب بلا دعوة وذلك لان الحادث يحال الى اقرب الاوقات وذلك ستة اشهر فيكون الولد ولد المملوكة فيحتاج الى الدعوة لا محالة وهذا هو جواب الكتاب اعني الجامع الصغير واما اذا كان الطلاق باينا يثبت النسب لاقل من ستة اشهر من وقت الشرا ولاقل من سنتين من وقت الطلاق وان جاءت به لاكثر من ستة اشهر من وقت الشرا لا يثبت النسب ما لم يدع سواء كان من وقت الطلاق

سنتان او اقل او اكثر وذلك لان الحرمة في الطلاق البائن حرمة موقتة ترتفع بالتزوج مرة وبالشرا
اخرى فيحل له وطيها بعد الشرا لارتفاع الحرمة فان ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت الشرا ثبت
النسب بلا دعوة لانه ولد المعتدة وان ولدت لاكثر من ذلك لا يثبت النسب لانه ولد المملوكة فلابد
من الدعوة كذا ذكر الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير ولكن بغير هذه العبارة واما اذا كان
الطلاق ثنتين يمتد نسب الولد الى سنتين من وقت الطلاق وان لم يدع فان ولدت لاكثر من ذلك لا يثبت
النسب الا بالادعاء وذلك لان الامة تحرم حرمة غليظة بطلقتين فلا تحل له حتى تنكح زوجا غيره
فيضاف العلوق الى ابعد الاوقات وهو ما قبل الطلاق حملا لامرها على الصلاح لانا لو احلناه الى اقرب
الاوقات يلزم الحرام للزوم الوطي بعد الشرا فلا يجوز ذلك حتى تنكح زوجا غيره فلما ثبت العلوق
من ابعد الاوقات ثبت النسب من غير دعوة لان الولد ولد المعتدة قوله في الوجه الاول اراد به
ما اذا ولدته لاقل من ستة اشهر وفي الوجه الثاني اراد به ما اذا ولدته لستة اشهر او اكثر من وقت
الشرا وقول صاحب الهداية وهذا اذا كان الطلاق واحدا باينا او خلعا او رجعيا ليس فيه كثير
فايدة لان البائن يشمل الخلع فيندرج تحت البائن وقوله اما اذا كان الطلاق اثنين يثبت النسب
الى سنتين من وقت الطلاق فيه ابهام لانه ربما يظن ظان ان الطلاق اذا كان واحدا باينا لا يثبت
النسب فيه الى سنتين وليس كذلك لان النسب في البائن يثبت الى سنتين من وقت الطلاق وان لم
يدع وقد استوفيناه قبل هذا قوله ومن قال لامته ان كان في بطنك ولد فهو مني فشهدت
امراة على الولادة فهي ام ولده وهذه من المسائل المعادة في الجامع الصغير وذلك لان النسب يثبت
باقرار المولى والحاجة الى اثبات الولادة وتعيين الولد فيثبت ذلك بشهادة القابلة وقد مر بيانه
قالوا هذا فيما اذا ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار فان ولدت لستة اشهر او لاكثر لا يلزمه
لانه لم يصح دعوى هذا الولد لاحتمال انها لم تكن حبلى وقت مقالة المولى ومثله مسئلة كتاب
العتاق ان قال ما في بطنك حر فولدت بعد ذلك لستة اشهر لم يعتق وان ولدته لاقل من ستة
اشهر عتق ولكن ينبغي لك ان تعرف انه فيما اذا قال ان كان في بطنك ولدا وقال ان كان بها حبل فهو
مني بلفظ التعليق اما اذا قال هذه حامل مني يلزمه الولد وان جاءت به لاكثر من ستة اشهر الى
سنتين حتى ينفيه وبه صرح في الاجناس في كتاب العتاق قوله ومن قال لغلام هو ابني
ثم مات فجاءت ام الغلام وقالت انا امراته فهي امراته وهو ابنه يرثانه وهذه من خواص الجامع
الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل قال لغلام هذا ابني ثم
مات الرجل ثم جاءت ام الغلام وهي حرة فقالت انا امراته وهذا الغلام ابنه قال هي امراته وهو ابنه
يرثانه جميعا اي الابن والام يرثان الميت وهذا هو الاستحسان كذا قاله في النوادر ووجه ذلك ان
نسب الولد لما ثبت باقرار الرجل ثبت نكاح امه ايضا لانها معروفة بانها حرة من الاصل وبانها
ام هذا الولد لان نسب ولد الحرة من الاصل انما يثبت اذا كان ثم نكاح والا فلا فان قيل
سلمنا ان النكاح ثبت بطريق الدلالة ولكن لا نسلم صحة النكاح فانه كما يكون صحيحا يكون فاسدا فينبغي
ان لا ترث المراة وهو القياس قلنا لما ثبت النكاح ثبت الصحة
ايضا لان امور المسلمين محمولة على الصحة والسلامة دون الفساد ووجود الاحتمال لا يعتبر ما لم يتبين
الفساد فان قيل سلمنا ان النكاح كان صحيحا ولكن يجوز
انه كان طلقها فلا ترث لها قلنا لما ثبت صحة النكاح حكما بانه كان
قايما الى موت الرجل لان الاصل في كل ثابت دوامه الا اذا وجد المزيل ولم يتبين ذلك هنا ولو

لم تكن معروفة بانها حرة من الاصل لا ترث لان للورثة ان يقولوا انت كنت ام ولد لمورثنا وانما
عتقت بموته غاية ما في الباب انها حرة في الحال والتمسك باستصحاب الحال لمعرفة الحكم في الماضي
يصلح للدفع لا للاثبات فيندفع عنها الارث ولا يثبت الارث وقال الامام التمرتاشي لها مهر مثلها
لانهم اقروا بالدخول ولم يثبت كونها ام ولد بقولهم وفيه نظر لان الدخول انما يوجب مهر المثل
في غير صورة النكاح اذا كان الوطي عن شبهة ولم يثبت النكاح هنا والاصل عدم الشبهة فاي
دليل يحمل على ذلك فلا يجب مهر المثل وايضا انا لم نوجب الارث لان الاستصحاب لا يصلح للاثبات فلو
وجب مهر المثل لكان صالحا للاثبات فلا يجوز وقال بعض الشارحين النكاح فيما اذا كانت حرة
من الاصل ثابت بطريق الاقتضا لتصحيح النسب وفيه نظر لان المقتضى انما يثبت لتصحيح المقتضي
لا محالة والمقتضي وهو النسب يصح بلا ثبوت المقتضى وهو النكاح بان يكون الوطي عن شبهة او
يكون الولد ولد ام الولد فلم يفتقر ثبوت النسب الى النكاح لا محالة باب
الولد من احق به لما فرغ عن بيان ثبوت النسب من المنكوحة والمعتدة شرع في بيان من
يحضن الولد الذي ثبت نسبه اذا وقعت الفرقة ثم شرع في فصل بين فيه الغيبوبة بالولد عن
المصر ثم شرع في فصل اخر ذكر فيه نفقة والزوج هذا الولد وذكر في فصل اخر وجوب سكناها
في دار مفردة ثم ذكر في فصل اخر انواع من تجب لاجلها النفقة والسكنى بان تكون المعتدة عن طلاق
رجعي او باين ثم ذكر في فصل اخر نفقة الولد لانه ولدها وفرعها فاخر ذكر نفقته عن نفقتها ثم لما
وقع الكلام في النفقة انجر الى ذكر نفقة ذوي الارحام وذكرها في فصل ثم انجر الى ذكر نفقة المماليك
وذكرها في فصل ختم به النفقات والله اعلم قوله واذا وقعت الفرقة بين الزوجين فالام
احق بالولد وهذه من مسايل القدوري اعلم ان الحضانة حق الصغير لاحتياجه الى من يمسكه فانه
يحتاج الى من يقوم بمصلحة بدنه في حضانته وتارة الى من يقوم بماله حتى لا يلحقه الضرر وجعل
كل واحد منهما الى من هو اقوم به وابصر فالولاية في المال جعلت الى الاب والجد ابي الاب لانهم
ابصر واقوم في التجارة من النسا وحق الحضانة جعل الى النسا لانهن ابصر واقوم على حفظ الصبيان
من الرجال لزيادة شفقتهن وملازمتهن البيوت والاصل فيه ما حدث صاحب السنن عن محمود
بن خالد السلمي الدمشقي قال حدثنا الوليد عن الاوزاعي عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده
عبد الله بن عمرو ان امراة قالت يا رسول الله ان ابني هذا كان بطني له وعاء وثديي له سقاء
وحجري له حواء وان اباه طلقني واراد ان ينتزعه مني فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم انت
احق به ما لم تنكحي وروي ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه طلق ام عاصم واسمها جميلة فخاصمها بين
يدي ابي بكر رضي الله عنه لينتزع عاصما منها فقال ابو بكر ريحها وروي ريقها خير له من سمن وعسل
عندك يا عمر فدعه عندها حتى يشب ثم جملة المذهب فيه ان الام احق بالصغير والصغيرة لانها
احق بالحضانة لزيادة شفقتها فان تزوجت او ماتت فام الام اولى ثم ام الاب فما دام احد من جانب
الام قايمة ولم تتزوج بزوج اخر فهي اولى بهما وان تجد من ام الاب ثم الاخت لاب وام ثم الاخت
لام ثم بعد الاخت لام اختلفت الرواية قال في كتاب النكاح الاخت لاب اولى من الخالة وفي كتاب
الطلاق الخالة اولى من الاخت لاب وهكذا ذكر الطحاوي رحمه الله قال في التحفة وهو قول محمد
وزفر وجه كتاب النكاح ان الاخت لاب اقرب لانها ولد الاب والخالة ولد الجد ووجه كتاب الطلاق
ان الخالة تدلي بالام والاخت تدلي بالاب وحق الحضانة للامهات لا للاباء وذكر في الجامع
الصغير بعد ام الاب الخالة ولم يذكر الاخوات اصلا قال الفقيه ابو الليث السمرقندي في شرح الجامع

الصغير يحتمل ان القصد بهذه المسئلة لم يكن تقديم الخالة على الاخت ولكن القصد به تأخير الخالة
عن الجدة ثم الخالة لاب وام ثم الخالة لاب وذلك لان الشفقة بالقرابة فذو القرابتين اشفق ثم
العمة لاب وام ثم العمة لام ثم العمة لاب ثم خالة الام لاب وام ثم لام ثم لاب ثم خالة الاب لاب ثم لام ثم
لاب ثم عمات الامهات والاباء على هذا الترتيب واولاد الاخوات لاب وام اولام احق من الخالات والعمات
والاخت لام احق من ولد الاخت لاب وام والعمة احق من ولد الخالة واما بيان المدة في امساكهما قال في
كتاب الطلاق من الاصل الام احق الى ان يأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده وذكر في نوادر ابن
رستم ويتوضأ وحده قال فخر الاسلام البزدوي ذكر في بعض نسخ النوادر ويستنجي وحده وشرط
الخصاف في كتاب النفقات اربعة اشيا ان يأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده ويستنجي وحده ولم
يذكر الاستنجا في المبسوط وذكره في السير الكبير وكذلك وذكر في عامة النوادر كذا قال شمس الائمة السرخسي في
شرح نفقات الخصاف وذلك لان الصبي قد يقدر على ان يأكل ويشرب ويلبس وحده ولا يقدر على الاستنجاء
فلا بد منه ليحصل الاستغنا فاذا بلغ ذلك المبلغ احتاج الى اداب الرجال والاب اهدى الى ذلك قال
الخصاف ووقت ذلك عندنا ان يبلغ سبع سنين او اكثر واما الصبية فالام احق بها الى ان تحيض وتبلغ مبلغ
النسا بالسن كذا ذكر صاحب الاجناس ونقله عن كتاب الطلاق وفي نوادر هشام عن محمد اذا بلغت حد
الشهوة عند الام فالاب احق بها وفي نفقات الخصاف عن ابي يوسف مثله وانما كانت الام احق بالصبية
الى ان تحيض حتى تعلمها اداب النسا من الخبز والطبخ والغزل ونحو ذلك ثم الاب احق بها حتى يحصنها ثم
تكلموا في المراد من الاستنجا من مشايخنا من قال المراد منه تمام الطهارة بان يطهر وجهه وحده بالماء حتى
لا يحتاج الى من يعينه ويعلمه ومنهم من قال المراد منه ان يطهر نفسه عن النجاسة وان كان لا يقدر على تمام
الطهارة وهو المفهوم من ظاهر ما ذكر الخصاف رحمه الله ثم الجدتان كالام في حق الصغير والصغيرة
فاما من سوى الام والجدتين فليس لها حق في الصغير والصغيرة اذا بلغا حدا يأكلان وحدهما ويشربان
وحدهما ويلبسان وحدهما وذلك لان التأديب لا يخلو عن الاستخدام وللام والجدة ذلك ولهذا
تؤاجر الام والجدة الصغير والصغيرة دون العمات والخالات والكافرة مثل المسلمة في حق الحضانة
لان الشفقة لا تختلف بالكفر والاسلام وكذلك ام الولد اذا اعتقها مولاها واما الامة اذا فارقها زوجها
فان الولد لمولى الامة وهو احق به لكن لا يفرق بين الولد وبين امها ثم اذا وجب الانتزاع من النسا فانه
يدفع الولد الى العصبة الاقرب فالاقرب يقدم الاب ثم ابو الاب وان علا ثم الاخ للاب وام ثم لاب ثم
ابن الاخ لاب وام ثم ابن الاخ لاب ثم العم لاب وام ثم لاب فاما اولاد الاعمام فانه يدفع اليهم الغلام
ولا تدفع اليهم الجارية لانهم غير محارم فلا يؤمن عليها منهم وعن ابي يوسف حنيفة تدفع الى الاخ لام ثم
الى ولده ثم الى العم لام ثم الى الخال لاب وام ثم لاب ثم لام ويدفع الذكر الى مولى العتاقة ولا تدفع الانثى
قال في الفتاوى الولوالجي اذا وقعت الفرقة بين الزوجين وبينهما ولد صغير واختلفا فقالت الام
انه ابن ست سنين انا احق بامساكه وقال الوالد انه ابن سبع سنين فانا احق بامساكه فالقاضي لا
يشتغل بتحليف الوالدة لكن يدعوا الصبي فينظر في حاله فان كان يستغني عن الوالدة بان كان يأكل
ويشرب ويلبس وحده دفعه الى الوالد والا فلا لان سبع سنين اقيم مقام الاستغنا فاذا وقع
الخلاف في هذا القائم مقام الاستغنا يتعرف القاضي عن حقيقة الاستغنا لانه امكنه التعرف عن
حقيقته وقال في شرح الطحاوي وان كان ثلاثة اخوة كلهم على درجة واحدة او ثلاثة اعمام كلهم
على درجة واحدة فافضلهم صلاحا وورعا اولى وان كان في ذلك سوا فاكبرهم سنا اولى بالامساك
وقال الحاكم الجليل الشهيد في مختصر الكافي فان كانت البكر قد دخلت في السن واجتمع لها عقلها ورايها

واخوها وعمها مخوف عليها فلها ان تنزل حيث احبت في مكان لا تخوف عليها **قوله** ويجري له حوا
نفي بيننا قال صاحب الجمهرة حوا الاقوام مجتمعهم والجمع احوية **قوله** بينه وبين امراته اي
بين عمر رضي الله عنه وبين امراته ام عاصم واسمها جميلة بنت عاصم بن ثابت بن ابي الاقلح الاوسي
الانصاري ولعمر رضي الله عنه منها اخر تعرف في كتب التواريخ **قوله** على ما نذكر اي في باب
النفقة في فصل نفقة الاولاد الصغار هذا اذا كان الاب حيا اما اذا كان ميتا فالنفقة
على ذي الرحم الوارث على قدر المواريث **قوله** ولا تجبر الام عليه اي على امساك الولد
وحضنه قال في خلاصة الفتاوي اذا امتنعت الام عن امساك الولد وليس لها زوج
اختلفوا فيه قال الفقيه ابو جعفر والفقيه ابو الليث رحمهما الله تجبر الام على امساك الولد
وقال مشايخنا لا تجبر وكذلك الخالة اذا لم تكن لها زوج لانها ربما تعجز عن ذلك اما بعد الاستغنا
عن الام اذا امتنع يجبر على ذلك لان النفقة واجبة عليه وكذا الحفظ والصيانة وقال في
تتمة الفتاوي اذا ابت الام ان ترضع وهي منكوحة او مبانة ذكر شمس الائمة الحلواني في شرح
ادب القاضي للخصاف انها لا تجبر على ذلك سوا كان الولد يأخذ من لبن غيرها او لا يأخذ في ظاهر الرواية
وعن ابي يوسف انها تجبر اذا لم يأخذ من لبن غيرها وذكر شمس الائمة السرخسي في باب نفقة الصبيان
من ادب القاضي انها تجبر انه اذا لم يأخذ الولد من لبن غيرها من غير خلاف **قوله** فان لم تكن ام
المراد من عدم كونها ان تتزوج الام او تموت **قوله** ولهذا تحرز ميراثهن السدس هذا ايضاح
لكون ام الاب من الامهات يعني ان الدليل على انها من الامهات انها تحرز السدس في الميراث وهو ميراث
الام فيه نظر لان الميراث الام انما يكون هو السدس اذا كان معها ولد او ولد الابن او الاثنان
من الاخوة والاخوات وهنا عند عدمهم ايضا يكون للجدة السدس وميراث الام عند عدمهم
ثلث الجميع او ثلث ما بقي بعد فرض احد الزوجين **قوله** وفي رواية اراد بها رواية كتاب
الطلاق وقد مر بيانها **قوله** لقوله عليه السلام الخالة والدة وحديث البخاري في كتاب
الصلح من الصحيح في حديث طويل باسناده الى البراء بن عازب عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال
الخالة بمنزلة الام وكذا ذكر في السنن وفي رواية احوي من السنن فانما الخالة ام **قوله** ثم
العمات ينزلن كذلك يعني ان العمة لاب وام اولى من العمة لام ثم العمة لام اولى من العمة لاب
قوله وكل من تزوجت من هولا سقط حقها وهذا لفظ القدوري في مختصره لما روينا
اراد به قوله عليه السلام انت احق به ما لم تتزوجي والرواية في السنن ما لم تنكحي وقد مر
قوله يعطيه نزرا وينظر اليه شزرا قال ابن دريد النزر من الشي القليل طعام نزر
بين النزارة والنزر وطعام منزور اي قليل ايضا ومنه اشتقاق اسم نزار وامراة نزور قليلة
الولد يقال ام الزاير نزور وام التابع نثور وشزره ببصره يشزره شزرا اذا نظر اليه بمؤخر
عينه فلا نظر اي للصبي **قوله** قال الا الجدة اذا كان زوجها الجد اي قال القدوري في مختصره
وهو استثنا من قوله سقط حقها يعني اذا كانت الجدة متزوجة بالجد لا يسقط حقها وان كانت ذات
زوج لان الجد ينظر اليه بالشفقة فلا يلحقه الجفا والمذلة بخلاف ما اذا كانت متزوجة بالاجنبي
حيث يلحقه الجفا والمذلة فحينئذ ينزع الولد من يدها ويسلم الى من هي اقرب منه قال في شرح
الطحاوي يعني وقع الفراق بين الزوجين اما من قبل المراة او من قبل الرجل بسبب مباح او بسبب
محظور فهي اولى بالحضانة الا في فصلين احدهما ان المراة اذا ارتدت ينزع الولد من يدها ويسلم الى
من هي اقرب منه ثم اذا اسلمت يسلم اليها والثاني اذا تزوجت بزوج اخر وهو غير ذي رحم محرم

من هذا الولد فينزع من يدها ثم اذا بانت من زوجها يسلم اليها **قوله** وكذا كل زوج هو ذو
رحم محرم منه اي من الولد كعم الولد اذا تزوج بامه حيث لا يسقط حقها **قوله** فان لم يكن للصبي
امراة من اهله فاختصم فيه الرجال فاولاهم اقربهم تعصيبا اي اولى الرجال بامساك الصبي اقربهم
تعصيبا اي اقرب العصبات وقد اسلفنا بيان الاقرب قبل هذا وذلك لان ما يستحق بالقرابة يعتبر
فيه الاقرب اصله الميراث وولاية النكاح فاذا اجتمع الاخوة لاب وام فالاولى اصلحهم واورعهم فان
تساووا فاكبرهم لانه انفع للولد وكذلك الاعمام اذا اجتمعوا **قوله** غير ان الصغيرة لا تدفع
الى عصبة غير محرم استثنا من قوله فاولاهم اقربهم تعصيبا اعلم ان الصغير اذا لم توجد امراة من
اهله يدفع الى اقرب العصبات سواكان محرما او غير محرم اما الصغيرة فلا تدفع الى غير محرم كمولى
العتاقة وابن العم لانه لا يومن عليها منه وكذلك ذو الرحم المحرم من العصبة اذا لم يومن عليها منه
لفسقه ومجانته لا تدفع اليه لان في الدفع ضررا بالصغيرة قال الصدر الشهيد وعند ابي حنيفة رضي
الله عنه اذا لم يكن عصبة للصغير يدفع الى الاخ لام لان عنده لقوم الام ولاية وقال في الفتاوى الصغرى
اذا ماتت الام وليس احد من النسا للصغير ذات رحم محرم منه فالحق للرجال فان لم يكن عصبة فالى
ذوي الارحام يثبت على الترتيب وقال في تحفة الفقها وان لم يكن للجارية من عصباتها غير ابن العم
فالاختيار الى القاضي ان راه اصلح يضم اليه والا فيضع عند امينة **قوله** والام والجدة احق
بالغلام حتى ياكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده ويستنجي وحده وهذا لفظ القدوري في مختصره
وقد مر بيان هذه الجملة **قوله** والتقدير اي التسوية **قوله** والخصاف قدر الاستغنا
بسبع سنين قالوا وعليه الفتوى وهو الشيخ الامام ابو بكر احمد بن عمرو الخصاف من كبار علمائنا رحمهم
الله وكان يروي عن بشر بن الوليد عن ابي يوسف القاضي **قوله** اعتبارا للغالب وذلك
لان الظاهر ان الصغير اذا بلغ سبع سنين يهتدي بنفسه الى الاكل والشرب واللبس والاستنجا
وحده فلا حاجة الى الحضانة **قوله** والاب فيه اقوى واهدى اي الاب في التحصين والحفظ
اقوى واهدى للجارية من الام **قوله** وعن محمد رحمه الله انها تدفع الى الاب اذا بلغت حد الشهوة
لتحقق الحاجة الى الصيانة قال في شرح نفقات الخصاف الجارية تكون عند امها حتى تحيض عند
ابي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما يعني حتى تبلغ وعند ابي يوسف اذا بلغت مبلغا يقع عليها شهوة يجامع
مثلها فالاب اولى بها ثم قال وهكذا روي عن محمد انها اذا صارت مراهقة فالاب اولى بها وقال في
الاجناس وفي نوادر هشام عن محمد اذا بلغت حد الشهوة عند الام فالاب احق بها فثبت عن محمد
روايتان ثم تكلموا في حد المشتهاة ليبنى عليه ثبوت حرمة المصاهرة وكون الاب اولى وقالوا اذا كانت
بنت تسع سنين او اكثر كانت مشتهاة وان كانت بنت خمس سنين او ما دونه لم تكن مشتهاة وان
كانت بنت ست سنين او سبع سنين او ثمان سنين ينظر ان كانت عبلة ضخمة كانت
مشتهاة والا فلا وقال الفقيه ابو الليث في اجناس الفتاوى الغالب انها لا تشتهى ما لم تبلغ تسع سنين
قال شمس الايمة السرخسي وبه ناخذ **قوله** ومن سوى الام والجدة احق بالجارية حتى تبلغ
حدا تشتهى وهذا لفظ القدوري في مختصره واراد بها الاخت والخالة والعمة وقال في الجامع الصغير
حتى تستغني قال الفقيه ابو الليث وليس حكم الخالة والعمة كحكم الجدتين لانه لا يكون لهما من الشفقة
ما يكون للجدتين فلا يكون لهما حق الامساك الا مقدار ما لا بد للصبية منهما وقدر الحاجة التي
لا بد لها منه ان تاكل وحدها وتلبس وحدها ويكون حكم الغلام والجارية في هذا سوا وقد
مر بيان ذلك مرة **قوله** لقدرتهما عليه شرعا اي لقدرة الام والجدة على الاستخدام بدليل الاجارة

وقد

وقد مر بيانه ايضا قال والامة اذا اعتقها مولاها وام الولد اذا اعتقت في حق الولد كالحرة اي قال
القدوري في مختصره اعلم ان الامة اذا فارقها زوجها فالولد للمولى لانه مملوك له وكذلك ولد ام
الولد قبل العتق الا انه لا يفرق بين الولد الصغير وبين امه لقوله عليه السلام من فرق بين
والدة وولدها فرق الله بينه وبين احبته يوم القيامة تحقيقه ان الحضانة ضرب من الولاية
ولا ولاية للامة اما اذا اعتقتا فتكونان كالحرة الاصلية لزوال المانع **قوله** والذمية
احق بولدها المسلم ما لم يعقل الاديان او يخاف ان يالف الكفر يعني اذا كان زوج الذمية مسلما
فانه قال فالذمية اولى بحضانة الولد لان حق الحضانة لها باعتبار الشفقة ولا يتفاوت ذلك
بالكفر والاسلام لكن اذا خيف على الصبي ان يالف الكفر ينزع منها دفعا للضرر عن الصبي نظرا
له ويروى قوله او يخاف بالرفع والنصب والجزم يقال يخف اما الجزم فظاهر لانه معطوف
على قوله لم يعقل وكذا الرفع لانه استيناف اي هو يخاف والنصب على معنى الى ان يخاف كما في قولهم
لالزمنك او تعطيني حقي اي الى ان تعطيني فالمعنى ان الذمية احق بولدها المسلم الى ان يخاف منه ان
يالف الكفر فاذا خيف فلا قال في شرح الكافي وقرابة الام في الحضانة مقدمة على قرابة الاب ويستوي
ان كانت مسلمة او كتابية او مجوسية **قوله** ولا خيار للغلام والجارية وهذه من مسايل الجامع
الصغير اذا وقعت الفرقة بين الزوجين يكون الولد عند الام ما لم تتزوج بزوج اخر الى المدة التي ذكرناها
وعند الشافعي يخير بين الابوين قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير في قول الشافعي اذا
صار الغلام ابن سبع سنين او ثمان سنين يخير ويكون عند ايهما شا وقال الغزالي في وسيطه الام
اولى بالصبي قبل التمييز فاذا ميز خير بينها وبين الاب وسلم الى من يختاره غلاما كان او جارية ولا ينظر
الى سبع سنين بل يتبع التمييز فان استمرت الغباوة الى ما بعد البلوغ فالام اولى وكذلك اذا اتصل به
جنون ولو اختار احدهما ثم رجع رد الى الاخر كذا في الوسيط واصحابنا رحمهم الله ذكروا في
المبسوط وغيره من وجه قول الشافعي ان النبي صلى الله عليه وسلم خير غلاما بين الابوين والحديث
قد صح مسندا الى رافع بن سنان رضي الله عنه انه اسلم وابت امراته ان تسلم فاتت النبي صلى الله
عليه وسلم فقالت ابنتي وهي فطيم وقال رافع ابنتي فقال له النبي عليه السلام اقعد ناحية وقال
لها اقعدي ناحية فاقعد الصبية بينهما ثم قال ادعواها فمالت الصبية الى امها فقال النبي
صلى الله عليه وسلم اللهم اهدها فمالت الى ابيها فاخذها وقالوا الحديث محمول على البالغ وفيه
نظر لانه صرح في الحديث بالصبية وانها فطيم فكيف يكون الولد بالغا والوجه لنا ان نقول
ان الولد الصغير ليس من اهل الاختيار لقصور عقله فلا يعتبر اختياره فلو كان التخيير اعتبارا لم
يقل النبي صلى الله عليه وسلم اللهم اهدها وكان النبي صلى الله عليه وسلم مستجاب الدعوة فوفقت
الصبية الى الارشد ببركة دعايه ولم يوجد مثل ذلك فيما نحن فيه ولو كان لاختيار الولد
الصغير اعتبار لم يقل النبي صلى الله عليه وسلم انت احق به ما لم تنكحي وقد رويناه في اول الباب
ولانه يختار ابدا ما فيه هواه وفيه ضرر له فلا يلتفت الى اختياره **قوله** لقصور عقله اي
عقل الولد الصغير يختار من عنده الدعة اي الخفض والراحة والها عوض من الواو تقول
ودع الرجل بالضم كذا ذكره الجوهري **قوله** او يحمل على ما اذا كان بالغا اي يحمل الحديث
على ما اذا كان الولد بالغا وقال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير وذلك محمول
عندنا على البالغ وفيه نظر وقد مر بيانه انفا اعلم ان الابن اذا بلغ يخير بين ابويه فان اراد ان
ينفرد فله ذلك الا اذا كان فاسقا يخشى عليه شي فحينيذ يضمه الاب الى نفسه لانه اقدر على

صيانته اما الجارية فان كانت بكرا ابضمها الى نفسه سوا كانت ماموتة او غير ماموتة وان كانت ثيبا
فان كانت ماموتة ليس له ان يجبرها حتى تكون معه لزوال ولاية عنها كذا في شرح القنادي وغيرها له

فصل واذا ارادت المطلقة ان تخرج بولدها من المصر
فليس لها ذلك هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه الا ان تخرجه الى وطنها وقد كان الزوج
تزوجها فيه وقال في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل تزوج
امراة من اهل الشام بالشام ثم يقدم بها الى الكوفة فتلد له اولادا ثم يطلقها ثلاثا واولاده صغار
قال لها ان تخرج باولادها الى الشام وان تزوجها في غير الشام او تزوجها بالكوفة وهي من اهل
الشام ثم طلقها ثلاثا لم يكن لها ان تخرج بهم الى الشام وانما انظر في هذا الى عقدة النكاح اين تقع
اعلم انا قد بينا ان حق الحضانة للام اذا ارادت الانتقال باولادها الصغار بعد انقضا العدة
هل لها ذلك فنقول ان كان وقع اصل النكاح في المصر الذي وقعت فيه الفرقة فليس لها ان تخرج
بالولد الى مصر اخر لما فيه من الضرر على الزوج على تقدير النقل بقطع الولد عنه الا اذا كان ما بين
المصرين قريب بحيث لو اراد الزوج مطالعة الولد امكنه الرجوع الى بيته قبل الليل لانه
حينئذ يكون بمنزلة محال مختلفة في مصر واحد ولها التحول من محلة الى محلة بالاولاد فكذا هنا
وان كان وقع اصل النكاح في المصر الذي تريد الانتقال اليه فلها ان تنقل الاولاد اليه ان كانت
هي من اهل ذلك المصر لانه التزم المقام فيه عرفا وشرعا اما العرف فلان الزوج يقيم في البلد
الذي يتزوج فيه عادة الا انه يلزمها متابعة الزوج اذا اعطاها جميع المهر ورضيت بذلك اولم ترض
فبعد زوال الزوجية يعود الامر الاول واما الشرع فلان العقد متى وجد في مكان يجب تحصيل
احكامه فيه ولهذا يجب تسليم المعقود عليه والثمن في مكان العقد والاولاد من ثمرات عقد
النكاح فيجب امساكها في موضع العقد بخلاف ما اذا ارادت النقل الى مصر ليس هو مصرها ولم
يكن ثم اصل النكاح ليس لها ان تنقل الاولاد وكذا اذا ارادت الانتقال بالولد الى مصرها ولكن
لم يكن ثم اصل النكاح لعدم دليل العرف والشرع اما اذا ارادت النقل الى مصر فيه اصل النكاح
ولكن ليس بمصرها فلها ذلك على رواية الجامع الصغير لانه قد انظر الى عقدة النكاح وقال في
كتاب الطلاق من الاصل ليس لها ذلك ولا بد من اجتماع الامرين للنقل وهو ان يكون المصر مصرها
ويقع العقد ثمة ايضا قال في شرح الكافي السرخسي هو الاصح وذلك ان في النقل ضررا بالاب
لانه يعجز عن مطالعة اولاده وانما يتعين المصر للسكنى بالعقد اذا كان موكدا بالاهل والا فلا
لان الغريب يودي وجه رواية الجامع الصغير ان الاولاد من ثمرات النكاح فيجب التسليم
في مكان العقد لما مر اما اذا ارادت الانتقال بالولد من المصر الى القرية ليس لها ذلك الا اذا
كان اصل العقد فيها وذلك لان في اخلاق اهل القرية ضررا بالولد الصغير بخلاف ما اذا وقع
اصل العقد فيها لانه رضي بدار الغربة فاذا كان اصل النكاح وقع في الرستاق وله قرى متفرقة
فارادت ان تنقل الاولاد الصغار من قرية الى قرية فان كان بين القريتين قرب بحيث يمكن الاب
مطالعة اولاده في يومه فلها ذلك والا فلا كذا في مختصر الكافي للحاكم الشهيد وشرح الطحاوي
وغيرهما قال الحاكم في الكافي وليس لها ان تخرج بولدها الى دار الحرب وان كان النكاح وقع هنا
وان كانت هي من اهل الحرب بعد ان يكون زوجها مسلما او ذميا لما فيه من الاضرار بالولد فانه
يتخلق باخلاق اهل الشرك وقال في شرح الطحاوي وان كانا حربيين كان لها ذلك
وقال الولوالجي في فتاواه فان ماتت الام حتى وصلت الحضانة الى الجدة ام الام فليس لها

ان تنتقل الى مصرها وان كان اصل العقد فيه لان ولاية الاخراج بحكم العقد ولم يكن بينهما
عقد وكذا ام الولد اذا اعتقت لا تخرج الولد من المصر الذي فيه ابوه لانه لم يجر بين ابي
الصبي وامه عقد **قوله** لما فيه من الاضرار بالاب اي في الخروج بالولد **قوله** الا ان
تخرج به الى وطنها استثنا من قوله فليس لها ذلك فيه اي في وطنها **قوله** وهذا
يصير الحربي به ذميا اي بالتزوج وهذا خلاف الرواية وقع سهوا لان الرواية محفوظة
في ساير كتب السير ان الحربي اذا دخل دارنا بامان فتزوج ذمية لا يصير ذميا وقد نقل
صاحب الهداية نفسه ايضا رواية الجامع الصغير في كتاب السير هكذا وقيل ان الضمير في
به راجع الى التزام المقام ولكن ذلك خلاف المفهوم من ظاهر كلامه وغير بعضهم لفظ
الحربي بلفظ الحربية حتى يرد السوال لانه قال في السير الكبير بعد كتاب الحدود في ارض
الحرب بباب واذا دخلت المراة من اهل الحرب دار الاسلام بامان وهي كتابية فتزوجها
ذمي او مسلم فقد صارت ذمية لان لزوجها ان يمنعها عن العود الى دار الحرب فكان اقدامها
على النكاح مع علمها ان لزوجها ان يمنعها عن العود الى دار الحرب رضا منها بالمقام في دار
الاسلام فصارت ذمية واما الحربي اذا تزوج ذمية فانه لا يصير ذميا لان المراة ليس
لها ان تمنع زوجها عن العود الى دار الحرب ونقل عن الامام حافظ الدين الكبير ان هذه الجملة
ليست في النسخة التي قوبلت مع نسخة المصنف فعلى هذا يكون السهو من الكاتب **قوله**
اشار في الكتاب اراد به مختصر القدوري وهو رواية كتاب الطلاق اي من الاصل وقد
مر بيانه **قوله** وجه الاول اراد به قوله ليس لها ذلك وهو رواية كتاب الطلاق
قوله لا بد من الامرين اي لانتقال الام بالاولاد الصغار **قوله** تفاوت اراد به البعد
بحيث لا يمكن الاب الرجوع الى بيته من يوم مطالعة اولاده **قوله** وفي عكسه ضرر
بالصغير اي في الانتقال من المصر الى القرية يحصل الضرر بالصغير لتخلقه باخلاق
اهل القرى وان لم يكن فيه ضرر بالاب لامكان مطالعته لعدم البعد **قوله** فليس لها
ذلك اي ليس لها ان تنقل الاولاد الصغار من المصر الى القرية الا اذا وقع العقد فيها وقد مر
بيانه والله اعلم

باب النفقة اعلم ان النفقة اسم بمعنى الانفاق
وهي عبارة عن الادرار على الشي بما به بقاوه ثم هي تجب باسباب منها الزوجية والنسب والملك
والكل يجي بيانه ان شا الله على الترتيب **قوله** النفقة واجبة للزوجة على زوجها مسلمة
كانت او كافرة اذا سلمت نفسها الى منزله فعليه نفقتها وكسوتها وسكناها وهذا لفظ القدوري
في مختصره قال في شرح الاقطع تسليمها نفسها شرط في وجوب النفقة ولا خلاف في ذلك هذا
لفظ ابي نصر في شرحه فعلى هذا ان ما ادعى بعض شارحي الهداية بقوله هذا الشرط ليس
بلازم في ظاهر الرواية فيه نظر الا ترى الى قال الفقيه ابو الليث رحمه الله في خزانة الفقه
عشر من النسا لا نفقة لهن الصغيرة التي لا تحتمل الجماع والناشزة اذا لم يكن لها عليه مهر
واذا اغتصبها ظالم كرها والمحبوسة في دينها والمسافرة بالحج اذا لم يكن معها زوجها والامة
اذا لم يبوئها مولاها والمنكوحة نكاحا فاسدا والمرتدة والمتوفى عنها زوجها والمراة اذا
قبلت ابن زوجها واباه بشهوة والمعنى ان في الصغيرة التي لا تحتمل الجماع لم يوجد التسليم التام
وان نقلها زوجها الى بيته وفي المرتدة والمقبلة والمتوفى عنها زوجها انقطعت الزوجية وفي
الباقيات انعدم التسليم بخلاف ما اذا لم ينقلها الى بيته ولم تمتنع هي حيث تجب النفقة لانها

سلمت نفسها اليه ولكن الرجل رضي ببطلان حقه حيث ترك النقلة وذلك لا يوجب بطلان حقها ثم الاصل في وجوب
النفقة قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف اي بالوسط وقال الزجاج في تفسيره اي بما
تعرفون انه العدل على قدر الامكان وقوله تعالى الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما
انفقوا من اموالهم اي يقومون عليهن آمرين وناهين كما يقوم الولاة على الرعايا والضمير في بعضهم للرجال
والنساء جميعا يعني انما كانوا مسيطرين عليهن بسبب تفضيل الله بعضهم وهم الرجال على بعض وهم النساء وقوله
تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم اي وانفقوا عليهن من وجدكم وحديث عائشة رضي الله عنها ان
هند بنت عتبة قالت يا رسول الله ان ابا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي الا ما اخذت منه وهو لا يعلم فقال
خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف رواه البخاري في الصحيح باسناده الى عائشة بطرق مختلفة في مواضع وسوى
في وجوب النفقة المسلمة والكافرة لعموم النصوص ولان النفقة جزاء الاحتباس بدليل ان كل من كان محبوسا
بحق الغير كانت نفقته عليه اصله القاضي والعامل في الصدقات وهذا المعنى يشمل الكل ولكن طريق ايصال النفقة
اليها اما بالتمكين او التمليك ولهذا قال في شرح مختصر الكافي للحاكم الشهيد اذا كان الرجل صاحب مائدة وطعام
كثير تتمكن هي من تناول مقدار كفايتها فليس لها ان تطالب الزوج بفرض النفقة وان لم يكن بهذه الصفة فخاصمته
في النفقة تفرض لها بالمعروف وهو فوق التقتير دون الاسراف رعاية للجانبين ولا تقدر النفقة بالدراهم
لان المقصود الكفاية وقد يرخص السعر ويغلو فلا تحصل المقصود فلهذا يفرض لها الطعام بقدر الكفاية
كل يوم ويفرض الادام ايضا لان الخبز لا يتناول الا مادوما عادة وكذلك يفرض الدهن لانه لا يستغنى عنه
وقال في الاقضية الادام اعلاه اللحم والاوسط الزيت والادنى اللبن والحطب والصابون والاشنان وثمن
ماء الاغتسال عليه كذا في خلاصة الفتاوى ويفرض لها من الكسوة ما يصلح للشتاء والصيف ففي الشتاء قميص
وملحفة وخمار وكساء كارخص ما يكون كفايتها مما يدفيها ان كان الرجل معسرا ولا كساء في الصيف وان كان
موسرا فاجود من ذلك في قدر اللباس وللخادم قميص وازار وكساء في الشتاء كارخص ما يكون ولا كساء في الصيف
وان كان الرجل موسرا فاجود من ذلك وما قال محمد رحمه الله في الاصل من التقدير بالدراهم بقوله
ان كان معسرا فرض لها من النفقة كل شهر اربعة دراهم او خمسة او ما بين ذلك ولخادمها ثلاثة دراهم واقل
من ذلك او اكثر وان كان موسرا عليه للمراة ثمانية دراهم او تسعة او نحو ذلك ولخادمها ثلاثة دراهم او
اربعة ونحو ذلك فذاك ليس بتقدير لازم بل هو بناء على ما شاهد محمد في ذلك الوقت من عرف زمانه كذا
ذكر شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي وشمس الائمة البيهقي في الشامل وقال السرخسي لم يذكر محمد رحمه
الله في كسوة المراة الازار والخف في شيء من المواضع وذكر الازار في كسوة الخادم ولم يذكر الخف ايضا وان
كانت الخادمة من تخرج للحوائج فلها الخف او المكعب بحسب ما يكفيها فاما المراة فانها مامورة بالقرار في
البيت ممنوعة من الخروج فلا تستوجب الخف والمكعب على الزوج وكذلك لا تستوجب الازار لانها مامورة
بان تكون مهيئة نفسها لنشاط الزوج وليس على الزوج ان يتخذ ما يحول بينه وبين حقه فلهذا لم يذكر الازار
هذا لفظه في شرح الكافي وقال في خلاصة الفتاوى هذا في ديارهم بحكم العرف اما في ديارنا فيفرض
الازار والمكعب ويفرض ما تنام عليه وقال الخصاف رحمه الله ويجعل لها ما تنام عليه مثل الفراش
والمضربة ومرفقة في الشتاء ولحافا تتغطى به قال شمس الائمة السرخسي في شرح كتاب النفقات ذكر
لها فراشا على حدة ولم يكتف بفراش واحد لانها ربما تعتزل عنه في ايام الحيض او في زمان مرضها
وقال الحاكم الشهيد الجليل رحمه الله في الكافي قال محمد لا ينبغي ان يوقت النفقة على الدراهم لان
السعر يغلو ويرخص ولكن يجعل النفقة على الكفاية في كل زمان فينظر قيمة ذلك فيفرض لها عليه
دراهم شهرا بشهر قال الامام السرخسي هذا بناء على عادتهم وبعض المتاخرين من مشايخنا قال يعتبر في

ذلك

ذلك حال الرجل فان كان محترفا يفرض عليه النفقة يوما بيوم لانه يتعذر عليه اداء نفقة شهر
دفعة واحدة وان كان من التجار يفرض عليه الاداء شهرا بشهر وان كان من الدهاقين يفرض عليه
النفقة سنة بسنة لتيسر الاداء عليهما كذلك عند ادراك الغلة واتخاذ غلة الحوانيت واما الكسوة فتفرض
في السنة مرتين وعند الشافعي يتقدر النفقة على الموسر كل يوم بمدين وعلى وسط الحال بمد ونصف وعلى
المعسر بمد وفيه ضعف لقوله تعالى بالمعروف ولان المقصود الكفاية فربما لا يحصل ذلك بما قدره
الا ترى الى قوله عليه السلام خذي ما يكفيك **قوله** وكل من كان محبوسا بحق مقصود لغيره كانت
نفقته عليه لا يقال يرد على هذا نفقة الرهن فانها على الراهن مع انه محبوس بحق المرتهن لانا نقول
سلمنا انه محبوس عند المرتهن ولكن لا نسلم انه محبوس بحق هو مقصود للمرتهن فحسب لانه كما يحصل مقصود
المرتهن يحصل مقصود الراهن ايضا الا ترى انه اذا هلك هلك بالدين الذي على الراهن مضمونا بالاقل من قيمته
ومن الدين لكن على هذا كان ينبغي ان يجب النفقة عليهما جميعا الا ان النفقة لما كانت لتبقية الرهن وهو على ملك
الراهن وجبت عليه خاصة كالوديعة تجب نفقتها على صاحب المال **قوله** وهذه الدلائل لا فصل فيها
اي الايات الدالة على وجوب النفقة والدليل العقلي لا تفصيل بين المراة الكافرة والمسلمة لعمومها فيجب
نفقة الكافرة كالمسلمة **قوله** ويعتبر في ذلك حالهما جميعا وهذا لفظ القدوري في مختصره اي يعتبر
في تقدير النفقة حال الرجل والمراة جميعا قال صاحب الهداية وهذا اختيار الخصاف وعليه الفتوى
اعلم ان ظاهر الرواية من اصحابنا رضي الله عنهم اعتبار حال الرجل في اليسار والاعسار دون حال
المراة وبه صرح محمد في الاصل والحاكم في الكافي وصاحب الشامل في قسم المبسوط والامام الاسبيجابي
في شرح الطحاوي واليه ذهب الشيخ ابو جعفر الطحاوي وابو الحسن الكرخي رحمهما الله وكثير من
مشايخنا المتاخرين كصاحب التحفة وصاحب النافع وغيرهم وهو قول الشافعي والذي ذهب اليه
القدوري اختيار الخصاف في كتاب النفقات وعليه فتوى شمس الائمة السرخسي في شرح كتاب النفقات
وجه ما ذكره الخصاف ان النبي عليه السلام اعتبر حالها في قوله خذي ما يكفيك ونص القران اعتبر
حال الرجل بقوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته فيعتبر حالهما جميعا جمعا بين الدليلين ووجه
الظاهر قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله الاية اعتبر
حال الرجل في الحالين جميعا فيعتبر حاله لان الحديث خبر الواحد فلا يزاد به على كتاب الله تعالى
لانه نسخ ثم تفسير قول الخصاف اذا كانا موسرين فظاهر لانه يجب نفقة اليسار وكذلك اذا كانا
معسرين لانه يجب نفقة الاعسار اما اذا كان الزوج موسرا والمراة فقيرة قال في شرح نفقات الخصاف
يفرض لها نفقة صالحة يعني وسطا لا تقتير فيه ولا اسراف حتى ان كان الرجل ياكل الدجاج والحمل
المشوي والباجات والمراة كانت تاكل خبز الشعير فانه لا يؤخذ الزوج ان يطعمها ما ياكل بنفسه ولا
ما كانت تاكل في اهلها ولكن يطعمها خبز البر وباجة او باجتين واما اذا كان الزوج معسرا والمراة موسرة
لم يذكر صاحب الهداية هذا القسم في تفسير قول الخصاف ولا ادري كيف ذهب عنه ولا بد من ذكره
قال الخصاف في كتابه لها نفقة صالحة يعني وسطا فيقال له تكلف الى ان تطعمها خبز البر وباجة
او باجتين كيلا يلحقها الضرر لكن في هذا التكليف تكليف ما ليس في الوسع فلا يجوز قال الامام السرخسي
لم يذكر صاحب الكتاب انه يواكلها يعني ان الخصاف لم يذكره في كتاب النفقات ثم قال لكن مشايخنا
قالوا المستحب له ان يواكلها لانه مامور بحسن العشرة معها وذا في ان يواكلها لتكون نفقتها ونفقته
سواء **قوله** وجه الاول اي وجه اعتبار حالهما وهو اختيار الخصاف **قوله** وهو الفقه اي
اعتبار حال المراة هو الفقه **قوله** فان النفقة تجب بقدر الكفاية والفقيرة لا تفتقر الى م

كفاية الموسرات فلا معنى للزيادة فيه نظر لانه لا بد بين الدليل والمدلول مطابقة لان صاحب
الهداية اورده دليلا لقول الخصاف وقول الخصاف اعتبار حالهما جميعا لا اعتبار حال المراة وحدها
فاذا كان لا معنى للزيادة على قدر كفاية الفقيرة يكون الاعتبار لحال المراة وحدها فلزم ما قلنا والاولى
ان يعلل من جهته كما بينا فافهم **قوله** والباقي دين في ذمته يعني انا نقول بموجب النص وهو قوله
تعالى ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما اتاه الله فلا يلزمه مع الاعسار الا انفاق الاقل والزيادة
تكون دينا في ذمته ولا يؤديها مع العجز وهذا لا يكون جوابا لما ذهب اليه الكرخي من ظاهر الرواية
لان نص القران لا يثبت الزيادة على نفقة الاعسار ونحن اين نثبت الزيادة بموجب النص حتى تكون دينا
عليه **قوله** وبه اي وبالمعروف المذكور في القران والحديث **قوله** كما ذهب اليه الشافعي بان
تقول لو المتقدر **قوله** وان امتنعت من تسليم نفسها حتى يعطيها مهرها فلها النفقة وهذا لفظ
القدوري في مختصره والمراد من المهر هو العاجل وبه صرح في شرح الطحاوي فقال ولو انها منعت نفسها
لاجل مهرها العاجل فلها النفقة لان هذا منع بحق وقال في التحفة اذا كان الامتناع بغير حق بان
اوفاها الزوج المهر او كان مؤجلا فانه يسقط النفقة لانه وجد النشوز زمنها فعلم بهذا ان المراد بما
ذكره القدوري هو العاجل وذلك لان مطالبة كل واحد من المهر العاجل والنفقة حق لها
فمطالبة احدهما لا يسقط الاخر لكن ينبغي لك ان تعرف ان الامتناع لطلب المهر اذا كان قبل الدخول
لا يزيل النفقة اتفاقا لانه منع بحق وكذلك اذا كان بعد الدخول برضاها عند ابي حنيفة وقالا
لا نفقة لها وقد عرف في المختلف بخلاف ما اذا اوفاها او كان المهر مؤجلا او وهبته فامتنعت حيث
تكون ناشزة لان الامتناع لم يكن بحق قال في فتاوى قاضي خان ولو كان الزوج ساكنا معها في بيتها
فمنعت زوجها عن الدخول عليها كانت ناشزة الا اذا منعت ليحولها الى منزله او ليكتري لها منزلا
خالية لا تكون ناشزة ولو كانت مقيمة في منزله ولم تمكنه من الوطي لا تكون ناشزة **قوله** وان
نشزت فلا نفقة لها حتى تعود الى منزله وهذا لفظ القدوري في مختصره قال في المبسوط واذا تغيبت
المراة عن زوجها او ابت ان تتحول معه الى منزله او الى حيث يريد من البلدان وقد اوفاها مهرها
فلا نفقة لها لانها ناشزة وانما لم يكن لها نفقة لان شرط وجوب النفقة تسليم النفس فانعدم ذلك
في الناشزة فاذا عادت الى بيت الزوج عاد التسليم فلها النفقة وتفسير الناشزة والناشزة هي المانعة
نفسها عن زوجها بغير حق قيل لشريح هل للناشزة نفقة فقال نعم فقيل كم فقال جراب من تراب
معناه لا نفقة لها واذا كان الرجل يسكن في ارض الغصب فخرجت المراة لاجل انه يسكن في المغصوبة
لا تكون ناشزة لانها محقة ونقل في خلاصة الفتاوى عن فتاوى النسفي لو كان الزوج بسمرقند وامراته
بنسف فبعث اليها اجنبيا ليحملها الى سمرقند فلم تذهب لعدم المحرم يفرض لها النفقة **قوله** وان
كانت صغيرة لا يستمتع بها فلا نفقة لها وهذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه وان سلمت اليه
والمراد من الاستمتاع هنا الجماع لان الحاكم الشهيد قد صرح به في مختصر الكافي وكذلك شمس الائمة
السرخسي في شرح الكافي الذي هو مبسوطه وشمس الائمة البيهقي في الشامل في قسم المبسوط فقال الحاكم
ولا نفقة للصغيرة التي لا تجامع لان الحبس جاء من قبلها ثم قال فان كانت قد بلغت ما تجامع مثلها فلها
النفقة صغيرا كان زوجها او كبيرا قال العتابي في شرح الجامع وحده عند بعضهم ان تبلغ سبع
سنين وهي عبلة فانها تطيق وعند بعضهم تسع سنين وهو اختيار مشايخنا وقال في شرح الاقطع قال
الشافعي في احد قوليه لها النفقة لانها تجب بالعقد كالمهر فيستوي الصغيرة والكبيرة ولان وجوب
النفقة لدفع حاجتها فالصغيرة محتاجة كالكبيرة كما في المملوك بملك اليمين حيث يستوي الصغير والكبير

في وجوب النفقة فكذا هنا ولان النفقة عوض عن الملك فكانت الصغيرة كالمملوكة ولنا انها غير مسلمة
نفسها الى الزوج فصارت كالناشزة لان تسليم الصغيرة جدا بحيث لا تحتمل الجماع ليس بصحيح بخلاف
ما اذا بلغت مبلغ الجماع لانه وجد التسليم فكان لها النفقة وبخلاف المملوكة فان النفقة ثمة باعتبار
الملك وذلك لا يتفاوت بالكبر والصغير بخلاف التسليم او بخلاف المريضة حيث تستحق النفقة
لانها سلمت نفسها الى الزوج ولبس المرض من قبلها فلا تكون مفوتة حقه ولا نسلم انها وجبت
عوضا لانها لا تخلوا اما ان تكون عوضا عن ملك البضع او عن الاستمتاع ولا ثالث فان ادعي فعليه البيان
فلا يجوز الاول لان ملك البضع وقع المهر عوضا عنه فلا يجوز ان يكون النفقة عوضا عنه لانه لم يوجد
في الشرع عوضان عن معوض واحد ولا يجوز الثاني ايضا لان الاستمتاع وقع تصرفا فيما ملكه
بالعقد فلا يجب بشيء اخر عوضا او جبه العقد كما في استيفاء المنافع في الاجارة فان قلت
لو لم تكن عوضا عن الاستمتاع لم تسقط واذا تعذر الاستمتاع واللازم منتف فينتفي الملزوم قلت
لا نسلم الملازمة لانها تجب للمريضة مع تعذر الاستمتاع فان قلت
لو كانت تجب على وجه الصلة لما قلتم لم يحبس الزوج لاجلها قلت
الملازمة ممنوعة لانه يحبس بنفقة ذوي الارحام لانها على وجه الصلة ومع هذا يحبس من وجب
عليه النفقة اذا امتنع فان كانت الصغيرة لا تصلح للجماع ولكن تصلح للخدمة اختلف المشايخ فيه وصاحب
الايضاح والتحفة مالا الى انه ان امسكها لزمته النفقة **قوله** والاحتباس الموجب اي للنفقة
قوله الى مقصود مستحق بالنكاح اراد به الجماع ولم يوجد اي المقصود **قوله** على ما بين
اي قريبا من خمسة عشر خطا يعني يجب النفقة في المريضة وان تعذر الجماع **قوله** وان كان
الزوج صغيرا لا يقدر على الوطي وهي كبيرة فلها النفقة في ماله وهذه مسئلة القدوري ايضا
وذلك لان شرط وجوب النفقة وهو تسليم النفس وقد وجد ذلك لكن الزوج عجز عن استيفاء حقه
فلا يسقط بعجزه حقها قال في شرح الاقطع قال الشافعي في احد قوليه لا نفقة لها وذلك لانها رضيت
بترك نفقتها حيث تزوجته مع علمها بحاله سلمنا انها تزوجته مع علمها بحاله ولكن لا نسلم انها رضيت
بترك نفقتها حيث تزوجته مع علمها بحاله سلمنا انها تزوجته مع علمها بحاله ولكن لا نسلم انها رضيت
بترك نفقتها الا ترى انها اذا تزوجته مع العلم بالجب لا تسقط النفقة مع ان المجبوب عاجز عن
الوطي كالصغير العاجز عن الوطي نص عليه الشافعي في كتابه فكذا لا يسقط النفقة اذا كان الزوج
صغيرا وهي كبيرة ولو كانا صغيرين جميعا لم يذكر حكم النفقة لا في الاصل ولا في الجامع ولكن يفهم من
التعليل المذكور فيما اذا كانت صغيرة والرجل كبيرا ان لا نفقة لها في هذه الصورة ايضا لان
تلك العلة وهي عدم تسليم النفس موجودة هنا وقد صرح بما قلنا الغني بعدم وجوب النفقة
في الذخيرة ايضا **قوله** فصار كالمجبوب والعنين اي صار الزوج الصغير الذي لا يقدر على
الوطي مثلهما حيث تجب عليه نفقة المراة كما تجب عليهما لتحقق تسليم النفس في الكل **قوله**
واذا حبست المراة في دين وترجمت المسئلة في القدوري واذا حبست المراة في دين او غصبها رجل
كرها فذهب بها او حجت مع محرم فلا نفقة لها اما المحبوسة فلان النفقة جزاء الاحتباس عند
الزوج بحقه وقد فات ذلك فلا تجب النفقة ولانها هي التي حبست نفسها في الحقيقة حيث ما
ظلت في اداء الدين فصارت كالناشزة وذكر هذه المسئلة في الجامع الكبير في كتاب القضاء
مطلقا وقال الشيخ ابو نصر روي عن ابي يوسف انه قال اذا كانت محبوسة قبل ان ينقلها
فان كانت تقدر ان تخلي بينه وبين نفسها فلها النفقة لانه متمكن من الاستمتاع بها والمنع من قبلها

في بيته ليس من جهتها فلا يسقط حقها واما المغصوبة اذا ردت الى زوجها فلا نفقة لها فيما مضى
وروي عن ابي يوسف انه قال لا تسقط نفقتها لان الاصل عنده اذا احبست المراة لا من جهتها لا تسقط
النفقة وعندهما اذا امتنعت لا من جهة الزوج سقط النفقة قال الشيخ ابو المعين النسفي في شرح الجامع
الكبير ان محمدا رحمه الله وضع المسئلة فيما فرض لها النفقة لان بدونه لا تتصور المسئلة لان المراة
لا تطالب الزوج بنفقة ما مضى الا بفرض القاضي واما التي حجت مع محرم فلا نفقة لها بالاتفاق كذا
المذكور في شرح الجامع الكبير لان المنع من جهتها الا اذا كان الزوج معها فحينئذ تجب النفقة لوجود الاحتباس
عنده والتمكن من الاستمتاع بالجماع ودواعيه ولكن تجب نفقة الحضر يعني قيمة الطعام في الحضر
ولا يجب غلا السعر ولا مونة السفر كذا في شرح كتاب النفقات لان الواجب عليه النفقة بالمعروف
وليس هذا من المعروف وروي عن ابي يوسف انها اذا انتقلت الى بيته ثم حجت مع محرم فلها النفقة
وقال محمد لا نفقة لها كما لو حجت قبل الانتقال كذا في شرح الاقطع وذلك لان التسليم امتنع من جهتها
فصارت كالناشزة ولابي يوسف ان التسليم تحقق ولكن امتنع الاستمتاع لاداء العبادة فلا يسقط
النفقة كصوم رمضان ولمحمد ان يفرق بان الصوم والصلاة لا ينعدم بهما قيام الزوج عليها بخلاف
الحج مع محرم حيث ينعدم ذلك **قوله** وان لم يكن منها بان كانت عاجزة فليس منه اي لم يكن فوت
الاحتباس من المراة على تقدير ثبوت عجزها عن اداء الدين فليس الفوت من جهة الزوج ايضا فلا يطالب
بالنفقة **قوله** والفتوى على الاول اي على ظاهر الرواية وهو انه لا نفقة للمغصوبة فيما مضى
والفقه فيه ان النفقة جزاء الاحتباس فاذا فات الاحتباس لمعنى من جهة الزوج يجعل باقيا
تقديرا فكانه لم يفت فيجب النفقة كما اذا امتنعت نفسها قبل الدخول لاجل الصداق او حبس الزوج
بدين عليه او ارتدا واسلمت هي وابى الزوج الاسلام او طلقها بعد الدخول وكذا كل فرقة من قبلها
بحق نحو الفرقة بخيار العتق والبلوغ وبسبب عدم الكفاءة او بسبب الجب والعنة ما دامت في العدة
وان لم يكن فوت الاحتباس لمعنى من جهته لا يجعل باقيا تقديرا فلا تجب لها النفقة كما اذا ارتدت
او قبلت ابن الزوج او اسلم الزوج وابت هي الاسلام **قوله** لانها هي المستحقة عليه اي لا نفقة
الحضر هي الواجبة على الزوج لان المامور هو النفقة بالمعروف وهو عبارة عما لا اسراف فيه
ولا تقتير وفي نفقة السفر اسراف لغلاء السعر فلا يكون معروفا فلا يجب ذلك **قوله** لما قلنا اشارة
الى قوله لانها هي المستحقة **قوله** فان مرضت في منزل الزوج فلها النفقة وهذا لفظ القدوري
في مختصره اعلم ان المريضة مطلقا لها النفقة في ظاهر الرواية سواء كان مرضا يمنع من الجماع او لا
لتحقق التسليم مع المرض والمنع من الاستمتاع حصل بلا صنع ادمي فلا يسقط النفقة كما في الحيض
بخلاف الصغيرة حيث لا يصح تسليم الصغيرة وذاك هو المذكور في الاصل والكافي للحاكم الشهيد
وشرحه للامام السرخسي وكتاب الشامل وشرح الطحاوي فقال في الكافي ونفقة المراة واجبة
على الزوج وان مرضت او جنت او اصابها بلاء يمنع عن الجماع او كبرت لا تستطيع جماعها وقال في
شرح الطحاوي اذا مرضت مرضا لا تطيق الجماع او كبرت ولا تطيق الجماع او بها رتق يمنع
الجماع او قرن يمنع الجماع او اصابها بلاء يمنع الجماع فان لها النفقة وكذلك ذكر في شرح الجامع
الكبير ايضا وقال صاحب الشامل عن ابي يوسف ان المريضة التي لم يدخل بها اذا لم يكن جماعها
لا نفقة لها لانها ادون حالا من الصغيرة وقال صاحب الهداية وعن ابي يوسف انها اذا
سلمت نفسها ثم مرضت تجب النفقة لتحقق التسليم ولو مرضت ثم سلمت لا تجب لان التسليم لم يصح
وقال في شرح كتاب النفقات قال شمس الائمة الحلواني قالوا في المراة اذا مرضت ان كان مرضا

لا يمكن الانتفاع بها مع ذلك المرض بوجه من الوجوه تسقط النفقة وان كان مرضا يمكن الانتفاع
بها بنوع انتفاع لا تسقط النفقة ذكره في باب نفقة الضال وقال الامام السرخسي في شرح الكافي
روي عن ابي يوسف ان الرتقاء لا تستوجب النفقة اذا لم يرض الزوج بها ويكون له ان يردها
الى اهلها ولا ينفق عليها **قوله** قالوا اي قال مشايخنا **قوله** وفي لفظ الكتاب ما يشير اليه
اي في لفظ مختصر القدوري ما يشير الى ما روي عن ابي يوسف في غير ظاهر الرواية لانه قال
وان مرضت في منزل الزوج لانه يفهم منه انها سلمت نفسها الى الزوج في منزله ثم مرضت **قوله**
ويفرض على الزوج النفقة اذا كان موسرا ونفقة خادمها وهذه من مسائل القدوري قال صاحب
الهداية والمراد بهذا بيان نفقة الخادم اي بقوله يفرض على الزوج النفقة واعاد ذكره اعتذارا لمن
يقول ان القدوري كرر الكلام في نفقة الزوجة فاستدل على صحة ما قال بقوله ولهذا ذكر في بعض
النسخ اي في بعض نسخ القدوري ويفرض على الزوج اذا كان موسرا نفقة خادمها وتلك النسخة هي الاصح
لان الشيخ ابا نصر اعتبرها في نسخته اعني في الشرح المعروف بشرح الاقطع ثم اعلم انه انما قيده
بقوله اذا كان موسرا لانه اذا كان معسرا لا يفرض عليه نفقة الخادم وان كان لها خادم على ما روى
الحسن عن ابي حنيفة كذا في مختصر الكرخي والبسار يقدر بنصاب حرمان الصدقة لا بنصاب
وجوب الزكاة كذا في الفتاوى الصغرى وغيرها ثم ان كان لها خادم يفرض نفقة الخادم اذا
كانت الخادم متفرغة لخدمتها ولا شغل لها غيرها كذا في شرح الطحاوي اما اذا لم يكن لها خادم
لا يفرض نفقة الخادم في ظاهر الرواية وروي عن زفر انه يفرض نفقة خادم واحد لان على
الزوج القيام بمصالح طعامها فاذا لم يقم بها اعطى نفقة الخادم وجه الظاهر ان نفقة الخادم بسبب
الملك فاذا لم يكن الخادم في ملكها لم يلزمه نفقة الخادم كالغازي الراجل لا يستوجب سهم
الفارس وان كان منه كفاية الفارس في المبارزة ثم اختلف المشايخ في الخادم فقال بعضهم هو
المملوك حتى لا تستحق هي نفقة الخادم اذا لم يكن مملوكا لها وقال بعضهم اي خادم كان حرا كان
او مملوكا كذا في خلاصة الفتاوى وغيرها وينبغي لك ان تعرف ان المراة انما تستحق نفقة الخادم
اذا كانت المراة حرة اما اذا كانت امة فلا كذا في الخلاصة ايضا لكن العبارة غيرها ونفقة الخادم
ادنى الكفاية وهو ما يلزم المعسر من نفقة امراته وقال في النوازل روى قتادة عن خلاس عن
علي بن ابي طالب انه فرض لامراة وخادمها اثني عشر درهما في الشهر اربعة للخادم وثمانية للمراة منها
درهمان للقطن والكتان كذا ذكر الخصاف في ادب القاضي وروي عن شريك انه قال شهدت ابن ابي
ليلى انه فرض للمراة ستة دراهم وللخادم ثلاثة والخادم واحد الخدام غلاما كان او جارية كذا
في ديوان الادب **قوله** وهذا بي غيرها اي فرض نفقة الخادم من تمام كفاية المراة ثم المراة اذا لم
يكن لها خادم فهل يجب عليها ان تخبز وتعالج بنفسها فان قالت لا افعل لا تجبر على ذلك لان الواجب
عليها تمكين النفس من الزوج لا هذه الاعمال بخلاف الخادم اذا امتنع من الخدمة لا يستحق النفقة
لان نفقته بازاء الخدمة فاذا لم يخدم يخرج من البيت **قوله** ولا تفرض لاكثر من خادم
واحد هذا لفظ القدوري في مختصره ولم يذكر الخلاف وكذا لم يذكره الحاكم الشهيد في مختصره
الموسوم بالكافي وكذلك ذكر الكرخي في مختصره بلا خلاف حيث قال فان كان لها خادم او خدم
فرض الحاكم لخادم واحد لا يزيد عليه فعن هذا قال صاحب النافع بلفظ عن فقال وعن
ابي يوسف انه يفرض نفقة خادمين ولكن قال شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي وعلى قول ابي
يوسف تفرض لخادمين كذا قال شمس الائمة البيهقي في الشامل في قسم المبسوط والامام الاسبيجابي

في شرح الطحاوي وصاحب المختلف فيه وفي التحفة وهو الذي ذكروه عن ابي يوسف غير المشهور عنه
لان المشهور من قوله كقولهما وبه صرح الطحاوي في مختصره ثم قال الطحاوي فيه وروي اصحاب الاملاء عنه
انه قال ان المراة ان كانت ممن يحل مقدارها من خدمة خادم واحد انفق عليها من لا بد لها منه من الخدم
ممن هو اكثر من الخادم الواحد او اثنين او اكثر من ذلك قال وبه ناخذ لابي يوسف ان احدهما للداخل البيت
والاخر لخارج البيت ولابي حنيفة ومحمد ان الحاجة تنقضي بالواحد في الداخل والخارج وما زاد على ذلك فللتجمل
فلا ضرورة فيه وجه رواية الاملاء انها اذا كانت ممن يحل قدرها تستحق نفقة الخدم كلها ان هذا من
المعروف لمثلها وهو الواجب في النفقة بالنص قوله لانه الضمير فيه راجع الى الزوج وكذا في
قوله بنفسه قوله وهو ادنى الكفاية الضمير راجع الى ما يلزم قوله وهو رواية الحسن
قال شيخنا برهان الدين الخير بخبخي قدس الله روحه الحسن اذا ذكر مطلقا في شرح الفقه لاصحابنا فالمراد
منه الحسن بن زياد اللولوي وهو من كبار اصحاب ابي حنيفة رضي الله عنه واذا ذكر مطلقا في كتب
التفسير فالمراد منه الحسن البصري المشهور في الزهد والعلم قوله خلافا لما قاله محمد رحمه الله قال
محمد اذا كان الزوج معسرا فان كان لها خادم يفرض نفقة الخادم وان لم يكن فلا تفرض قوله ومن اعسر
بنفقة امراته لم يفرق بينهما ويقال لها استديني عليه وهذه من مسايل القدوري اعلم ان العجز عن الانفاق
لا يوجب حق المطالبة بالتفريق عند اصحابنا وقال الشافعي يوجب والعجز عن ايفا المهر ان كان قبل
تسليم النفس فهو على هذا الاختلاف وان كان بعده فعندنا لا يوجب واختلف مشايخه فيه كذا ذكر
علا الدين العالم في طريقة الخلاف له الكتاب والسنة اما الكتاب فقوله تعالى فامساك بمعروف او تسريح
باحسان بيانه انه لما عجز عن الانفاق فات الامساك بالمعروف فتعين التسريح بالاحسان فلما ابى
ذلك ناب القاضي منابه دفعا للظلم كما في الجب والعنة واما السنة فما روي عن سعيد بن المسيب
رضي الله عنه انه سيل عن هذه المسيلة فقال يفرق بينهما فقيل اهو سنة قال نعم والسنة اذا اطلقت
يراد بها سنة الرسول عليه السلام ولنا قوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة نص على ان
المعسر يستحق الانظار والامهال فلو اجلته المراة في النفقة ما كان لها ان تطالب بالفرقة فكذا اذا
ثبت الاجل شرعا وذلك لان المستحق هو التاخير بالنص وفي التفريق ابطال ذلك فلا يجوز ولان
في التفريق يبطل حق الزوج لا الى خلف وفي المنع منه يتاخر حق المراة لان النفقة تصير دينا في
الذمة بقضا القاضي فتستوفيها المراة في الزمان الثاني وضرر التاخير ادنى من ضرر الابطال فيتحمل
ادنى الضررين لدفع الاعلى فان قيل لا نسلم ان ضرر المراة ضرر
التاخير بل هو ضرر الابطال ايضا لان حقها فايت في الحال والوصول اليه في الزمان الثاني موهوم
فلا يعتبر ذلك لعدم الامارة على الوصول ولين سلمنا انه ضرر التاخير ولكن لا نسلم ان ضرر التاخير
دون ضرر الابطال الا ترى ان المولى اذا عجز عن الانفاق على عبده او امته يجبر على بيعهما وفي البيع ابطال
حق المولى وفي الاستيفا تاخير حقهما قلنا ضرر المراة ضرر التاخير
لان حقها يفوت في الحال مع احتمال التدارك في الزمان الثاني لان مال الله غاد ورايح فيمكن ان يكتسب
الزوج او يستقرض فيودي اليها حقها بخلاف حق الزوج فانه يفوت بالتفريق على وجه لا يصل الا
بسبب جديد فثبت ان ضرر التاخير دون ضرر الابطال لان ذاك يحتمل التدارك وهذا لا وبخلاف
العجز عن نفقة العبد والامة لان في البيع تفويت حق المولى الى عوض وهو الثمن وفي الاستيفا تفويت
حقهما اصلا لان المملوك لا يستوجب على مولاه دينا فيفوت نفقته اصلا اذا اخرت فيتحمل ضرر المولى
لكونه ادنى من ضرر المملوك سلمنا انه عاجز عن الامساك بالمعروف ولكن لا نسلم انه قادر على التسريح

بالاحسان

بالاحسان وانما يكون قادرا على التسريح بالاحسان اذا كان قادرا على التسريح بايفا حقها في المهر ونفقة
العدة فمن كان عاجزا عن نفقة الحال كيف يكون قادرا على ايفا المهر ونفقة العدة ولا نسلم ان السنة يراد
بها سنة الرسول لان السنة كما تطلق على سنة الرسول تطلق على سنة غيره ايضا الا ترى الى قوله عليه
السلام من سن لكم معاذ سنة حسنة وسنة العمرين فاشية بين العلما ثم اعلم ان التفريق بسبب العجز عن
الانفاق عند الشافعي فسخ لا طلاق نص عليه في المبسوط قوله في الثاني اي في الزمان الثاني
قوله وفوت المال وهو تابع في النكاح لا يلحق بما هو المقصود وهو التوالد هذا جواب عما قاس
عليه الشافعي بقوله كما في الجب والعنة بيانه ان القياس لا يصح الا بشرط المماثلة بين المقيس والمقيس عليه
ولا نسلم المماثلة بينهما لان في العجز عن النفقة يفوت المال وهو تابع في النكاح وفي الجب والعنة يفوت
التوالد وهو المقصود في باب النكاح ولين قال النفقة ايضا في باب النكاح مقصود فانا نقول المقصود
الاصلي في باب النكاح ما لا وجود للنكاح بدونه كملك الرقبة في باب النكاح مقصود فانا نقول المقصود
الاصلي في باب النكاح ما لا وجود للنكاح بدونه كملك الرقبة في باب البيع وملك النفقة في باب
الاجارة وللنكاح وجود بدون النفقة ابتدا وبقا اما ابتدا فانها لا تستحق النفقة قبل تسليم النفس
واما بقا فكالناشزة لا تستحق النفقة مع ان النكاح موجود وكذا المولى اذا لم يبوي لامته بيتا في جميع العمر
لا تستحق النفقة مع ان النكاح منعقد باق قوله وفايدة الامر بالاستدانة مع الفرض ان يمكنها
احالة الغريم على الزوج اي مع فرض القاضي واورد في شرح الاقطع هنا سوالا وجوابا فقال فان
قيل لا فايدة في الاذن لها بعد فرض القاضي النفقة لها لانها قد صارت دينا بفرضه قيل له فايدة
الاذن ان تحيل الغريم على الزوج فيطالبه بالدين وان لم يرض بذلك وفي استدانتها من غير اذن كانت
المطالبة عليها خاصة ثم اعلم ان العجز عن الانفاق لا يوجب التفريق عندنا ولكن مع هذا اذا فرق
القاضي بينهما هل ينفذ قضاوه ام لا قال الامام ابو حفص محمد بن محمود الاستروشني في الفصل الثاني
في القضا في المجتهدات من كتاب الفصول واذا ثبت العجز بشهادة الشهود فان كان شافعي المذهب
وفرق بينهما نفذ قضاوه بالتفريق وان كان حنفيا لا ينبغي له ان يقضي بخلاف مذهبه الا اذا كان
مجتهدا ووقع اجتهاده على ذلك فان قضى مخالفا لرايه من غير اجتهاد فعن ابي حنيفة رضي الله عنه في
جواز قضايه روايتان ولو لم يقض ولكن امر شافعي المذهب ليقضي بينهما في هذه الحادثة فقضى نفذ
بالتفريق ينفذ اذا لم يرتش الامر والمامور فان كان الزوج غايبا فرفعت المراة الامر الى القاضي
واقامت البينة ان زوجها عاجز عن النفقة وطلبت من القاضي ان يفرق بينهما فان كان القاضي
حنفيا فقد ذكرنا وان كان شافعيا وفرق بينهما قال مشايخ سمرقند جاز تفريقه لانه قضى في فصلين
مختلف فيهما التفريق بسبب العجز عن النفقة والقضا على الغايب وكل واحد منهما مجتهد فيه وقال القاضي
ظهير الدين المرغيناني لا يصح هذا التفريق لان القضا على الغايب انما يجوز عند الشافعي وينفذ في احدى
الروايتين عن ابي حنيفة اذا ثبت المشهود به وهنا لم يثبت المشهود به عند القاضي وهو العجز لان
المال غاد ورايح ومن الجايز ان الغايب صار غنيا ولم يعلم به الشاهد لما بينهما من المسافة وكان الشاهد
مجازفا في هذه الشهادة وقال صاحب الذخيرة الصحيح انه لا يصح قضاوه لان العجز لا يعرف حالة الغيبة
لجواز ان يكون قادرا فيكون هذا ترك الانفاق لا العجز عن الانفاق فان رفع هذا القضا الى قاض
اخر فاجاز قضاه فالصحيح انه لا ينفذ لان هذا القضا ليس في مجتهد فيه لما ذكرنا ان العجز لم يثبت
قوله واذا قضى القاضي لها بنفقة الاعسار ثم ايسر فخاصمته تمم لها نفقة الموسر وهذه من
مسايل القدوري وذلك لان النفقة تجب شيا فشيا فيعتبر حالها في كل وقت وفيما مضى انما قدر بنفقة

الاعسار لعذر الاعسار فاذا زال الاعسار بطل ما وجب لاجله كالمعسر اذا حنث في يمينه فشرع
في صوم الكفارة ثم ايسر يجب عليه التكفير بالمال لزوال الاعسار فكذا هنا وكذلك اذا اعسر بعد ما
قضي عليه بنفقة الموسر حيث يفرض عليه بنفقة الاعسار لان النفقة لكفاية الوقت فتتغير بتغيره
قوله وما قضي به تقدير لنفقة لم تجب وارتفع قوله تقدير بانه خبر لما والضمير في به راجع
الى ما وهو بمعنى الذي **قوله** تبدل حاله اي حال الزوج بان صار موسرا **قوله** واذا مضت
مدة لم ينفق الزوج عليها وطالبته بذلك فلا شيء لها الا ان يكون القاضي فرض لها النفقة او صالحت
الزوج على مقدار فيها فيقضى لها بنفقة ما مضى وهذه من مسائل القدوري ايضا اعلم ان نفقة الزوجة
لا تصير دينا في ذمة الزوج الا بقضاء القاضي او بالتراضي وعند الشافعي تصير دينا بمضي المدة لان
النفقة عوض عن الاحتباس وما وجب عوضا لا يتوقف على قضاء القاضي كالاجرة في باب الاجارة
ولنا انها نفقة تجب شيئا فشيئا فلا تصير دينا بمضي المدة كنفقة الاقارب ولا نسلم انها عوض لان المهر
عوض البضع فلا حاجة الى عوض اخر لمعوض واحد ولا يجوز ان يكون عوضا عن الاستمتاع لانه تصرف
فيما ملكه بالعقد وتصرف الانسان في ملكه لا يوجب عوضا ولا يجوز ان يكون عوضا عن الاحتباس لانها
اذا منعت نفسها لطلب المهر العاجل فزال الاحتباس في مدة المنع لا تسقط النفقة فلو كانت عوضا
عنه سقطت فلما امتنع كونها عوضا ثبت انها صلة لان الصلة عبارة عما يجب من غير عوض بقيا بالمروة والعلا
لا تستقر وجوبها الا بمؤكد كالهبة لا تتاكد الا بالقبض وهنا كذلك حيث تتاكد النفقة بقضاء القاضي
او الصلح عن تراض وذلك لان القاضي له ولاية الالزام فكذا للزوج على نفسه ولاية بل ولايته على
نفسه اكثر من ولاية القاضي لان له ان يلتزم النفقة فوق ما يلزمه القاضي بالمعروف فكان صلحه في بعض
الفضايل اولى بخلاف المهر حيث يجب بلا قضاء ولا رضا كما اذا تزوجها ولم يسم لها مهرا فدخل بها او مات
عنها لان وجوبه بطريق العوض وبخلاف الاجرة ايضا فانها عوض استيفاء المنافع ولهذا اذا اشترط
التعجيل تحبس بالاجرة ومضت المدة سقط الاجرة لفوات الاستيفاء **قوله** فلا يستحكم الوجوب
على صيغة المبني للفاعل لانه لازم لا متعد يقال احكمه فاستحكم واشار بقوله الى ما مر الى ما ذكر من
الدليل في قوله وان كانت صغيرة لا تستمتع بها فلا نفقة لها **قوله** وان مات الزوج بعد ما قضي
عليه بالنفقة ومضى شهور سقطت النفقة وكذا اذا ماتت الزوجة وهذه من مسائل القدوري
وهذا ظاهر الرواية عن اصحابنا رضي الله عنهم وقال في الشامل وعن محمد انه يؤخذ من ماله وقال
في شرح الاقطع قال الشافعي انها تؤخذ من تركة الزوج وجه قوله ان النفقة عوض فتصير دينا في
الذمة فلا تسقط بالموت كسائر الديون ولنا انها صلة لا عوض وقد قررناها في المسئلة المتقدمة
والصلات تسقط بالموت ولا تتم الا بالتسليم فاذا مات قبل التسليم بطلت كالهبة لكن هذا فيما اذا
لم يامرها القاضي بالاستدانة لانه اذا امرها بالاستدانة فاستدانت ثم مات الزوج لا يبطل الرجوع
في هذا الدين وبه صرح في شرح كتاب النفقات وعلل وقال لانها لما استدانت بامر القاضي جعل
كان الزوج هو الذي استدان ولو كان هو استدان بنفسه ثم مات لا يسقط عنه الدين كذا
هنا **قوله** وجوابه قد بيناه اي جواب الشافعي عن قوله ان النفقة عوض قد بيناه في
مسئلة وان كانت صغيرة لا تستمتع بها فلا نفقة لها وهو ما ذكره بقوله ولنا ان المهر عوض عن
الملك ولا يجتمع العوضان عن معوض واحد **قوله** وان اسلفها نفقة السنة ثم مات لم يسترجع
منها شيء وهذه من مسائل القدوري يقال اسلفه فسلف اي قدمه فتقدم كذا في ديوان الادب فعلى هذا
كان ينبغي ان يقول اسلف لها نفقة السنة لانه متعد الى واحد كما ترى اعلم ان المراة اذا عجل لها زوجها

نفقة

نفقة مدة ثم ماتت المراة او مات الزوج قبل المدة لا تسترد من تركتها سواء كانت قائمة او مستهلكة عند
ابي حنيفة وابي يوسف استحسانا وعند محمد يسترد بقدر ما بقي من المدة سواء كانت قائمة او مستهلكة
قياسا كذا في شرح الطحاوي وغيره وبه قال الشافعي كذا في شرح الاقطع ولكن ذكر الخصاف في كتاب
النفقات الخلاف بين ابي يوسف ومحمد ولم يذكر خلاف ابي حنيفة وكذلك ذكر الولوالجي
في فتاواه وفي عامة نسخ اصحابنا مثل شرح الكافي لشمس الائمة السرخسي وشرح الطحاوي للامام
الاسبيجابي والمختلف والتحفة وخلاصة الفتاوى ذكر قول ابي حنيفة مع قول ابي يوسف وقال في
الخلاصة والفتوى على قول ابي يوسف اما اذا كانت هالكة فلا يسترد منها شيء بالاتفاق كذا
ذكره الامام الاسبيجابي رحمه الله وجه قول محمد رحمه الله ان النفقة جزاء الاحتباس وقد زال
الاحتباس بالموت فيبطل النفقة بحساب ما بقي من الوقت كالقاضي اذا اخذ رزق مدة ثم مات
قبل تمام المدة يرد فيما بقي بحساب ذلك وكذلك المقاتلة اذا اخذوا ارزاق مدة ثم ماتوا
قبل المدة حيث يسترد منهم فيما بقي من المدة ولان سبب استحقاق النفقة القيام عليها وقد بطل السبب
بالموت فيبطل النفقة كالمستاجر اذا عجل الاجرة ثم مات حيث يرد الاجرة بحساب ما بقي من المدة
ولانه اعطاها النفقة لمقصود وقد فات ذلك المقصود بالموت فيسترد منها بقدر ما بقي من المدة
كما اذا اعطاها النفقة ليتزوجها فماتت او مات قبل التزوج ووجه قولهما ان النفقة صلة
كما قررنا قبل هذا والصلة اذا اتصل بها القبض يبطل الرجوع فيها بالموت لانتهاء حكمها كما
اذا مات الموهوب له بعد قبض الهبة وكما اذا كانت النفقة هالكة من غير استهلاك وروى
ابن رستم عن محمد رحمه الله انها ان كانت قبضت نفقة شهر فما دونه لم يرجع عليها بشيء وان كان اكثر
من ذلك ترك لها مقدار نفقة الشهر استحسانا ويسترد من تركتها ما زاد على ذلك لانه يعطيها النفقة
شهرا فشهرا عادة فصار نفقة الشهر كنفقة الحال فهي لا تسترد فكذا هذه وما زاد على الشهر فهو
في حكم الكثير فيثبت فيه الرجوع **قوله** وعلى هذا الخلاف الكسوة يعني انها اذا استعجلت كسوة
مدة ثم ماتت قبل المدة لا يسترجع منها شيء عندهما سواء كانت قائمة او مستهلكة وعند محمد يسترجع
من تركتها بحساب ما بقي وكذا اذا مات الزوج قبل المدة والوجه من الطرفين قد بيناه وفي
الهالكة لا رجوع بالاتفاق **قوله** لانه يسير اي لان الشهر وما دونه **قوله** فصار في حكم
الحال اي صار الشهر وما دونه في حكم الحال يعني ان نفقة الحال لا تسترد فكذلك نفقة الشهر وفي
بعض النسخ في حكم الحالة بالتشديد والتاء بنت اي النفقة الحالة **قوله** واذا تزوج العبد
حرة فنفقتها دين عليه يباع فيها اي يباع العبد في نفقة الحرة وهذه من مسائل القدوري قال
صاحب الهداية ومعناه اذا تزوج باذن مولاه وانما احتاج الى هذا التفسير لانه اذا تزوج
بدون اذن المولى فلا نفقة عليه ولا مهر وبه صرح شمس الائمة السرخسي في مبسوطه لان
موجب النفقة والمهر بعد صحة العقد وبدون اذن المولى لا يصح العقد وانما قيد بالحرة
لان المراة اذا كانت امة لا تستحق النفقة قبل التبوية ويجيء بيانها بعد هذه المسئلة وانما
وجبت النفقة دينا على العبد لان النفقة من احكام العقد فيستوي فيها الحر والمملوك كالمهر
وانما يباع في النفقة والمهر لان النكاح لما كان باذن المولى ظهر وجوب المهر والنفقة في
حقه فتعلق برقبة العبد واكسابه كما في ديون العبد الماذون الا ان يفديه المولى لان
حق المراة في النفقة لا في عين الرقبة فاذا اوفاها المولى نفقتها لا يبقى حقها في النفقة بعد ذلك
فلا يباع العبد وكذلك الحكم في المدبر والمكاتب اذا تزوجا باذن المولى حرة او امة بعد التبوية ه

حيث تجب النفقة والمهر عليهما ولكنهما لا يباعان في النفقة والمهر لانهما لا يحتملان النقل من ملك
الى ملك بل يسعيان بالسعاية ثم اذا بيع العبد في النفقة واجتمع عليه النفقة مرة اخرى يباع
ايضا قال شمس الائمة السرخسي وليس في شيء من ديون العبد ما يباع مرة بعد مرة الا النفقة لان
النفقة يتجدد وجوبها بمضي الزمان فذلك في حكم دين حادث وقال الولوالجي في فتاواه اذا بيع في
المهر مرة وبقي شيء من المهر بان لم يف الثمن بكل المهر لا يباع مرة اخرى بل يتأخر الى ما بعد العتق ثم
والفرق بين النفقة والمهر ان العبد انما بيع في جميع المهر فلا يباع فيما بقي منه مرة اخرى بخلاف
النفقة فانه بيع في النفقات المجتمعة لا في النفقات التي لم تصر واجبة بعد والنفقة تجب
شيئا فشيئا فاذا اجتمعت مرة اخرى يباع فيها ايضا لان النفقة التي بيع فيها اولا غير هذه النفقة
التي وجبت ثانية قال في الكافي للحاكم الشهيد وشرح الكافي للسرخسي وشرح الطحاوي والشامل اذا
كان للعبد او المدبر ولد من امرأته لم يكن عليه نفقة الولد لانها ان كانت امة فالولد ملك لمولاها
ونفقة المملوك على المالك دون الاب وان كانت حرة فولدها يكون حرا ولا يجب نفقة حر على
مملوك ولا على مولاه لان ولد الحر اجنبي منه وكذلك المكاتب لا يجب عليه نفقة ولده سواء كانت
امرأته حرة او امة لهذا المعنى واذا كانت امرأة المكاتب مكاتبة معه لمولى واحد فنفقة الولد
على الام لان الولد تابع للام في كتابتها ولهذا كان كسب الولد لها وارش الجناية عليه لها وميراثه لها فكذلك النفقة يكون
عليها بخلاف ما اذا وطئ المكاتب امته فولدت حيث يكون نفقة الولد على المكاتب لانه داخل في كتابته ولهذا
يكون كسبه له وكذا ارش الجناية عليه له ولانه جزؤه فاذا تبعه في العقد كان نفقته عليه كنفقة نفسه
وهذه المسائل ذكرناها تكثيرا للفوائد وان لم يذكرها صاحب الهداية **قوله** ولو مات العبد سقطت اي
لو مات العبد الذي تزوج باذن المولى او قتل سقطت نفقة امرأته ولا يؤاخذ المولى بشيء من ذلك لفوات محل
الاستيفاء وقد بينا قبل هذا ان النفقة المفروضة تسقط بالموت لانها صلة خلافا لما روي عن محمد الا اذا
كانت استدانت بامر القاضي وقد مر بيانه عند قوله وان مات الزوج بعد ما قضي عليه بالنفقة ومضى شهور
سقطت النفقة وانما جعل حكم القتل حكم الموت لان المقتول ميت باجله ولا اجل له سوى هذا وقد
عرف في موضعه **قوله** واذا تزوج الحر امة فبوأها مولاها معه منزلا فعليه النفقة وهذا لفظ
القدوري في مختصره وتمامه فيه وان لم يبوئها فلا نفقة لها وفي بعض النسخ وان تزوج الرجل امة فذاك
اولى لعمومه لان الحكم لا يختلف بين ان تكون الامة تحت حر او عبد نص عليه الحاكم الشهيد في مختصر
الكافي فقال واذا كانت الامة او المدبرة او ام الولد تحت حر او عبد فلا نفقة لها عليه ما لم يبوئها معه
بيتا وان كان قد دخل بها وان بوأها معه بيتا فعليه النفقة وذلك لانه اذا بوأها منزلا يحصل تسليم
النفس في بيت الزوج فيجب النفقة بخلاف ما اذا لم يبوئها لانه لا يوجد التسليم فتكون كالحرة الناشزة
فان انتزعها المولى واستخدمها فلا نفقة لها على الزوج لفوات علة الاستحقاق ثم اذا اعادها وبوأها
منزلا فعليه النفقة كالحرة اذا هربت من زوجها ثم عادت اليه وان كانت الجارية تجيء فتخدم المولى
من غير ان يستخدمها فلها النفقة على الزوج لعدم التفويت من جهة المولى فان قيل
استخدام المولى حق فينبغي ان لا يسقط نفقتها كالحرة اذا حبست نفسها لصداقها العاجل قلت
التفويت في المقيس عليه حصل من جهة الزوج لانه امتنع من ايفاء ما لزمه فجعل الاحتباس باقيا
تقديرا وفي المقيس حصل التفويت لا من جهة الزوج فلم يمكن بقاء الاحتباس تقديرا فان قيل
كيف استوى الحالان الدخول وعدمه حيث لا يجب لها النفقة قبل التبوئة دخل الزوج بها او لم يدخل
قلت بالدخول يوجد تسليم المعقود عليه واثره في تقرير البدل والنفقة ليست

بدل

بدل بل هي صلة وجبت جزاء للاحتباس ولهذا تجب نفقة الرتقاء لوجود الاحتباس وان لم يوجد تسليم
المعقود عليه فاذا بوأها وجد الاحتباس فوجبت النفقة والا فلا **قوله** والتبوئة ان يخلي بينها
وبينه في منزله ولا يستخدمها هكذا فسر الحاكم الشهيد في الكافي فقال والتبوئة في الامة ان يخلي الرجل
بين امته وبين زوجها ولا يستخدمها وقوله ولا يستخدمها بالنصب عطفا على قوله ان يخلي **قوله** والتبوئة
غير لازمة على ما مر في النكاح اي في باب نكاح الرقيق يعني اذا بوأها ثم بدا له ان يستخدمها كان له ذلك لان
حق المولى لم يزل بالتبوئة كما لم يزل بالنكاح **قوله** والمدبرة وام الولد في هذا كالامة يعني كما ان
الامة لا نفقة لها قبل التبوئة فكذلك المدبرة وام الولد لا نفقة لها قبل التبوئة بخلاف ما اذا كانت المرأة
مكاتبة حيث يجب لها النفقة اذا لم تحبس نفسها ظالمة ولا يشترط التبوئة لان السيد ليس له ان
يستخدمها ولا يملك منعها من الزوج لانها صارت اخص بنفسها ومنافعها بالكتابة فيقال بوأته منزلا وبوأت
له منزلا يعني كذا في ديوان الادب

فصل

قوله وعلى الزوج ان
يسكنها في دار مفردة ليس فيها احد من اهله الا ان تختار ذلك وهذه من مسائل القدوري اعلم ان
سكنى المرأة على الزوج واجب لقوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم اي اسكنوهن مكانا من بعض
مكان سكناكم لكن في دار ليس للزوج فيها من اهله احد كامه او اخته او احد من قرابته وذلك لان
السكنى حقها فليس للزوج ان يشرك غير المرأة معها في حقها بلا اختيار منها كالنفقة ولانها تتضرر لانها
لا تقدر على ان تنام ● وتتطهر في كل وقت ولا تأمن على اثاث بيتها ولا يمكنها المعاشرة مع زوجها في
كل وقت والضرار منهي لقوله تعالى ولا تضاروهن اي لا تستعملوا معهن الضرار بخلاف ما اذا
اختارت السكنى مع اهله فان ذلك جائز لانها رضيت بانتقاص حقها وهي تملك ذلك قال الفقيه ابو
الليث رحمه الله في الفتاوى عن ابي بكر الاسكاف انه قال هذا اذا كان في الدار بيت واحد اما اذا كان في
الدار بيوت وقد فرغ لها بيتا منها له غلق لم يكن لها ان تطلب من الزوج بيتا اخر لانه حينئذ يمكنه
ان يجامعها من غير كراهة ونقل في خلاصة الفتاوى عن ادب القاضي للخصاف شكت المرأة عند
القاضي ان الزوج يضربها فطلبت ان يسكنها عند قوم صالحين ان علم به زجره وان لم يعلم ان كان جيرانه
صالحين اقرها ثمة لكن يسألهم ان اخبروا كما شكت زجره وان لم يكونوا صالحين او يميلون اليه امره
بالاسكان عند قوم صالحين **قوله** وقد اوجبه الله مقرونا بالنفقة اي اوجب الله تعالى
الاسكان مقرونا بالنفقة اراد به ما ثبت في قراءة ابن مسعود رضي الله عنه في قوله تعالى اسكنوهن من
حيث سكنتم وانفقوا عليهن من وجدكم اي من طاقتكم يعني مما تطيقونه قلت
ما كان يحتاج صاحب الهداية الى ان يقول اوجبه الله تعالى مقرونا بالنفقة لان القران في النظم لا يدل
على القران في الحكم على ما بيناه في التبيين فلو اقتصر على قوله تعالى اسكنوهن كان كافيا بان قال لان
السكنى من كفايتها لقوله تعالى اسكنوهن **قوله** تتضرر به اي تتضرر المرأة بالاشتراك **قوله**
ذلك اي الاشتراك **قوله** وان كان له ولد من غيرها فليس له ان يسكنه معها اي ان كان للزوج ولد
من غير هذه المرأة ليس للزوج ان يسكن الولد مع هذه المرأة لما بينا اشارة الى قوله لانها تتضرر **قوله**
وله ان يمنع والديها وولدها من غيره واهلها الدخول عليها وهذه من مسائل القدوري وانما كان للزوج
ان يمنع والدي المرأة وولدها من غير هذا الزوج وسائر اقارب المرأة لان المنزل الذي فيه المرأة ملك
الزوج فله ان يمنعهم من الدخول فيه كما في سائر ما هو ملك له ولا يمنعهم من النظر اليها وكلامها اي وقت اختاروا
كذا ذكر القدوري رحمه الله وذلك لانه اذا منعهم من النظر والكلام يلزم قطع الرحم وذلك حرام لما
روى البخاري باسناده الى انس بن مالك قال ذكر رسول الله صلى الله عليه وسلم الكبائر فقال الشرك بالله

وقتل النفس وعقوق الوالدين فقال الا انبيكم باكبر الكبائر قول الزور وقال شهادة الزور وروي ايضا باسناده الى جبير بن مطعم رضي الله عنه انه سمع النبي صلى الله عليه وسلم يقول لا يدخل الجنة قاطع وروي ايضا باسناده الى ابي هريرة رضي الله عنه ان النبي عليه السلام قال الرحم شجنة من الرحمن قال الله من وصلك وصلته ومن قطعك قطعته وفي رواية عائشة رضي الله عنها الرحم شجنة فمن وصلها وصلته ومن قطعها قطعته والشجنة بكسر الشين وضمها قال ابو عبيدة يعني قرابة مشتبكة كاشتباك العروق وقال ابو سليمان الخطابي يعني بالشجنة الوصلة **قوله** وقيل لا يمنعها من الخروج الى الوالدين ولا يمنعهما من الدخول عليها في كل جمعة قال مشايخنا تخرج الى زيارة الابوين في كل جمعة مرة كذا في التتمة ثم قال فيه وفي باب النفقة من ادب القاضي ليس للزوج ان يمنع ابوي المرأة عن الدخول عليها للزيارة في كل جمعة وهو الصحيح وفي شرح السير الكبير في كل شهر مرة عند ابي يوسف وعند محمد مرة او مرتين **قوله** وفي غيرهما من المحارم التقدير بسنة وهو الصحيح اي في غير الوالدين من سائر المحارم جاء التقدير من مشايخنا بسنة يعني لا يمنعهم الزوج عن الدخول عليها في كل سنة مرة وانما قال وهو الصحيح احترازا عن قول محمد بن مقاتل فانه قال لا يمنع المرأة من زيارة المحرم في الشهر مرة او مرتين كذا في النوازل **قوله** وغاب الرجل وله مال في يد رجل يعترف به وبالزوجية فرض القاضي في ذلك المال نفقة زوجة الغائب وولده الصغار ووالديه وهذه من مسائل القدوري وكذا يفرض نفقة اولاده الكبار الزمنى والاناث وقال زفر لا يفرض فيه شيء كذا في شرح الاقطع والضمير في به راجع الى المال اي يعترف الرجل بالمال الذي في يده بانه وديعة الغائب وجه قول زفر رحمه الله ان فرض النفقة في الوديعة قضاء على الغائب من غير خصم حاضر عنه فلا يصح ولنا ان من في يده المال هو المالك للمال ظاهرا فاذا اقر به للغائب واقر بالزوجية ثبت اقراره في حق نفسه ثم حق الغائب من طريق الحكم تبعا لانه اثبت للمرأة في ذلك المال حقا فلها ان تأخذ حقها من مال زوجها بلا رضا ولا قضاء لقوله عليه السلام خذي من مال ابي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف فاذا كان لها اخذ حقها بلا قضاء فبالقضاء اولى وذلك لان القاضي عرف بوجود السبب الموجب كما اذا اقر بدين ثم غاب حيث يقضي القاضي عليه بذلك لعلمه فكذلك النفقة فان قيل ما الفرق بين هذه الصورة حيث يفرض لها القاضي بالنفقة اذا اعترف من في يده المال به وبالزوجية وبين دين اخر حيث لا يقضي باداء الدين كصاحب الدين اذا احضر غريما او مودعا للغائب وهما مقران بالدين والوديعة قيل الفرق بينهما ان القاضي انما يفعل ما يكون نظرا في حق الغائب وفي فرض النفقة في ماله وجد النظر لان فيه حفظ ملكه وفي اداء الدين لم يوجد حفظ الملك بل هو مجرد القضاء عليه فلا يجوز وانما اعتبر اقراره بالمال وبالزوجية لان المديون او المودع اذا جحد الزوجية او المال لم يقبل بينتها على شيء من ذلك اما على الزوجية فلان المديون او المودع ليس بخصم عن الغائب في اثبات النكاح عليه والاشتغال من القاضي بالنظر انما يكون بعد العلم بالزوجية ولم يوجد العلم فلا يؤمر بالنظر وكان يقول ابو حنيفة اولا يقبل بينتها على الزوجية لانها تدعي حقا فيما في يده من المال بسبب فكان خصما في اثبات ذلك السبب كمن ادعى عينا في يد انسان انه له اشتراه من فلان الغائب ثم رجع فقال لا يقبل بينتها **قوله** وكذا اذا علم القاضي ذلك ولم يعترف به يعني يفرض القاضي النفقة اذا علم القاضي الزوجية وان المال للغائب وان لم يعترف بذلك صاحب اليد **قوله** لا سيما هاهنا ولا سيما من كلمات الاستثناء لكنه موضوع لاثبات الحكم للمستثنى على ما هو الافضل كما تقول اكرمني القوم لا

سيما زيد يعني ان اكرام زيد اكثر وابلغ من اكرامهم فههنا كذلك بيانه ان اقرار صاحب اليد في سائر المواضع مقبول في حق نفسه ويقبل عليه البينة اذا انكر الحق وهنا اذا انكر صاحب اليد احد الامرين الوديعة او الزوجية لا تقبل البينة فكان بالطريق الاولى ان يقبل اقراره لان اقراره اذا لم يقبل يلزم اهدار اثبات الحق اصلا لانه لا تقبل البينة **قوله** في حقه اي في حق صاحب اليد **قوله** وكذا اذا كان المال في يد مضاربه اي مضارب الغائب يعني اذا اعترف المضارب بالمال وبالزوجية فرض القاضي النفقة وان انكر احدهما فلا **قوله** وكذا الجواب في الدين يعني اذا احضرت المرأة غريم زوجها الغائب عند القاضي فاعترف بالدين والزوجية فرض القاضي النفقة وان جحد احدهما فلا **قوله** وهذا كله اذا كان المال من جنس حقها دراهم او دنانير او طعاما او كسوة من جنس حقها يعني هذا الذي قلنا من فرض القاضي النفقة عند اعتراف صاحب اليد بالمال وبالزوجية كله فيما اذا كان المال من جنس حق المرأة دراهم او دنانير او كان طعاما حيث يقضي فيه بالنفقة لانه جنس النفقة المستحقة وكذا اذا كان ثيابا من جنس ما تكتسي مثلها المرأة فيقضي فيها بالكسوة لانها جنس حقها المستحق اما اذا كان المال من خلاف جنس حقها كالدار والعبد والعروض فلا يفرض النفقة فيها وينفق عليها من غلة الدار والعبد لانها من جنس حقها وانما لا يفرض النفقة فيها لانه انما يكون بعد البيع والقاضي لا يبيع عروض الغائب في نفقتها بالاتفاق اما عند ابي حنيفة فظاهر لانه لا يبيعها اذا كان حاضرا لان بيع القاضي على وجه الحجر والحجر على الحر البالغ العاقل باطل عند ابي حنيفة فاذا كان غائبا اولى واما عندهما فانما يبيع القاضي على الحاضر اذا ثبت امتناعه من الحق الذي عليه ولا يعلم امتناع الغائب فلا يبيع القاضي ماله ولكن الابوين يجوز لهما بيع عروض الولد الغائب عند ابي حنيفة استحسانا ولا يتعرض لهما القاضي ويصرفان في نفقتهما بالمعروف كذا في التحفة **قوله** قال ويأخذ منها كفيلا بها اي قال القدوري يأخذ القاضي من المرأة كفيلا بالنفقة اعلم ان الذي في يده المال اذا اعترف بالمال وبالزوجية انما يفرض القاضي النفقة بشرط ان ينظر للغائب وذلك بان يحلفها اولا على ان زوجها لم يعطها النفقة اذ يجوز ان يعطيها نفقتها قبل ان يغيب ومع هذا تلبس الامر على القاضي فيأخذ النفقة ثانيا ثم اذا حلفت اعطاها النفقة واخذ منها كفيلا لجواز ان يحضر الزوج فيقيم البينة انه كان اوفاها نفقتها وهذا لان القاضي مأمور بالنظر لكل من عجز عن النظر لنفسه ثم اذا احضر الزوج واثبت بالبينة انه كان اوفاها نفقتها او ارسلها اليها امرها القاضي برد ما اخذت لانه ظهر اخذها بغير حق والزوج مخير في اخذ ايهما شاء من المرأة والكفيل وانما يؤخذ الكفيل هنا لان المكفول له معلوم وهو الزوج بخلاف ما اذا قسم الميراث [illegible] بين ورثة وقالوا لا نعلم له وارثا لان المكفول له مجهول فلا يؤخذ الكفيل عند ابي حنيفة لهذا **قوله** وههنا معلوم اشارة الى النفقة **قوله** ولا يقضي بنفقة في مال الغائب الا لهؤلاء اي لهؤلاء المذكورين من الزوجة والولد الصغار والوالدين والاولاد الكبار الزمنى يعني يقضي لهؤلاء بالنفقة في مال الغائب ولا يقضي لغيرهم من الاقارب كالاخ والعم وسائر ذوي الارحام وذلك لان نفقة هؤلاء تجب قبل القضاء وانما القضاء للايفاء والاعانة بخلاف نفقة غيرهم فانها لا تجب الا بالقضاء لكونها مجتهدا فيها لان الشافعي [illegible] لا يقول بوجوب النفقة في غير الولاد فلما كان وجوبها بالقضاء والقضاء على الغائب لا يجوز عندنا فلا يقضي لهم بالنفقة في مال الغائب تحقيق ذلك ان نفقة الزوجة جارية مجرى الديون ولهذا تجب مع الاعسار وكذلك نفقة الاولاد لهذا المعنى فلم يتوقف وجوبها الى القضاء واما الابوان فقد جعل مال الولد الغائب

في حكم مالهما اما في الوالد فلقوله عليه السلام انت ومالك لابيك فكان قضا القاضي بالنفقة اعانة واما
في الولد فلانها مثل الوالد في وجوب النفقة عند الجميع وقد قال لها النبي صلى الله عليه وسلم انت احق
به مالم تتزوجي فاذا كانت احق به من الوالد وللوالدان ياخذ من ماله من النفقة مقدار كفايته
او يفرض له القاضي كانت الام اولى واما الاولاد الكبار الزمنى والاناث فلعجزهم صاروا في معنى
الصغار بخلاف نفقة من سواهم فانها لا تجري مجرى الديون بل هي صلة يتاكد حكمها بالقضا ولذلك
لا يجوز على الغايب **قوله** ولو لم يعلم القاضي بذلك ولم يكن مقرا به فاقامت البينة على الزوجية
او لم يخلف مالا فاقامت البينة ليفرض القاضي نفقتها على الغايب ويامرها بالاستدانة لا يقضي به
القاضي قال شمس الايمة السرخسي رحمه الله في شرح الكافي وعن زفر انه يسمع منها البينة ويعطيها
النفقة من مال الزوج وان لم يكن للزوج مال يامرها بالاستدانة فان حضر الزوج واقر بالنكاح
امره بقضا الدين وان انكر ذلك كلفها القاضي اعادة البينة فان لم تعد امرها يرد ما اخذت
ولم يقض لها بشي مما استدانت على الزوج لان قبولها البينة نظرا لها ولا ضرر على الغايب ولنا انه
قضا على الغايب فلا يجوز بخلاف مال الوديعة فان لها ان تاخذ نفقتها منه وقضا القاضي اعانة
وايفا لحق **قوله** وعمل القضاة اليوم على هذا انه يقضي بالنفقة على الغايب اي على قول زفر
كما في الفتاوى الصغرى والتتمة والقضاة انما يقبلون البينة على النكاح للفرض ويفرضون لانه
مجتهد فيه اما لان فيه خلاف زفر او لان فيه خلاف ابي يوسف على ما ذكره الخصاف مطلقا وعلى
قوله الاول على ما ذكره في مختصر الكافي لحاجة الناس اليه ثم على قول من يفرض لا تحتاج المراة الى اقامة
البينة ان الزوج لم يخلف لها النفقة **قوله** وفي هذه المسالة اقاويل مرجوع عنها فلم نذكرها منها
ان القاضي اذا لم يعلم بالنكاح فاقامت البينة على النكاح تقبل في قول ابي حنيفة الاول ومنها لو اقامت
البينة على المودع او المديون الجاحد للنكاح فانه يقضي بالنكاح والنفقة على قول ابي حنيفة اولا ثم
رجع وقال لا تقبل ومنها ان البينة على قول ابي يوسف اولا يقبل ولكن لا يقضي بالنكاح كذا في التتمة
والفتاوى الصغرى **فصل** **قوله** واذا طلق الرجل
امراته فلها النفقة والسكنى في عدتها عندنا سواء كان الطلاق رجعيا او باينا وهو قول سفيان ابضا
وقال مالك والشافعي والليث بن سعد لها السكنى ولا نفقة لها الا اذا كانت حاملا وقال احمد واسحاق
ليس لها سكنى ولا نفقة اذا لم يكن يملك زوجها الرجعة وهو مذهب الحسن البصري وعطا بن ابي
رباح والشعبي كذا ذكر الترمذي في جامعه لهم ما روى الشعبي في السنن وغيره عن فاطمة بنت قيس ان
زوجها ابا عمرو بن حفص المخزومي طلقها فلم يجعل لها النبي عليه السلام نفقة ولا سكنى ولمالك والشافعي
حديث فاطمة ايضا الا ان السكنى تجب لقوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن ولقوله
تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم الا ان الحامل تجب لها النفقة لقوله تعالى وان كن اولات حمل فانفقوا
عليهن ولنا قوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم وفي قراءة ابن مسعود رضي الله عنه
اسكنوهن من حيث سكنتم وانفقوا عليهن من وجدكم ولا شك ان قراءته كانت مسموعة من النبي صلى
الله عليه وسلم فيجب لها النفقة والسكنى وروى الطحاوي في شرح الاثار باسناده الى الشعبي
عن فاطمة بنت قيس ان زوجها طلقها ثلاثا فاتت النبي صلى الله عليه وسلم فقال لا نفقة لك ولا
سكنى قال فاخبرت بذلك النخعي فقال قال عمر بن الخطاب واخبر بذلك لسنا بتاركي اية من كتاب
كتاب الله عز وجل وقول رسول الله بقول امراة لعلها وهمت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم
يقول لها السكنى والنفقة وقد انكر هذا الحديث اسامة بن زيد ايضا وهو الذي تزوج فاطمة بعدما

طلقها زوجها المخزومي الاتري الى ما حدث الطحاوي في شرح الاثار عن ربيع المؤذن باسناده الى محمد بن
اسامة بن زيد قال كان اسامة اذا ذكرت من ذلك شيا رماها بما كان في يده وقد انكرته عايشة رضي الله
عنها ايضا الاترى الى ما ذكر في الموطا ان يحيى بن سعيد بن العاص طلق امراته ابنة عبد الرحمن بن الحكم
البتة فانتقلها عبد الرحمن بن الحكم فارسلت عايشة الى مروان بن الحكم وهو امير المدينة فقالت اتق
الله واردد المراة الى بيتها فقال مروان او ما بلغك شان فاطمة ابنة قيس فقالت عايشة لا يضرك
الا تذكر حديث فاطمة وحدث الطحاوي باسناده الى عمرو بن ميمون عن ابيه قال قلت لسعيد بن
المسيب اين تعتد المطلقة فقال في بيتها فقلت اليس قد امر رسول الله صلى الله عليه وسلم فاطمة بنت
قيس ان تعتد في بيت ابن ام مكتوم فقال تلك امراة فتنت الناس واستدل الطحاوي في شرح الاثار
اسندلالا حسنا فقال ان ما احتج به عمر رضي الله عنه في دفع حديث فاطمة حجة صحيحة وذلك لان
الله عز وجل قال يا ايها النبي اذا طلقتم النسا فطلقوهن لعدتهن ثم قال لا تدري لعل الله
يحدث بعد ذلك امرا واجمعوا ان ذلك هو المراجعة ثم قال اسكنوهن من حيث سكنتم ثم قال
لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن بل يد في العدة فكانت المراة اذا طلقها زوجها اثنتين
للسنة على ما امر الله عز وجل ثم راجعها ثم طلقها الثالثة للسنة حرمت عليه ووجبت عليها العدة
التي جعل الله عز وجل لها فيه السكنى وامرها فيها ان لا تخرج وامر الزوج ان لا يخرجها ولم يفرق الله
تعالى بين هذه المطلقة للسنة التي لا رجعة عليها وبين المطلقة للسنة التي عليها الرجعة فثبت
بهذا صحة انكار عمر على فاطمة وان قولها يوجب خلاف القران لان القران جعل للمطلقة التي لا رجعة
عليها النفقة والسكنى وهنا استدلال حسن من قوله تعالى وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن حتى
يضعن حملهن وهو ان نقول وجوب النفقة اذا كانت حاملا لا يخلو اما احد الامرين اما ان
كان لاجل العدة او لاجل الولد فلا يجب لاجل الولد فتعين ان يكون لاجل العدة ولهذا اذا كان الحمل
غنيا بان ورث من اخيه من امه او اوصي له بالمال تجب على الزوج نفقة المطلقة الحامل فلو
كان لاجل الولد لم تجب لان نفقة الولد على الاب لا تجب اذا كان الولد غنيا الا ترى انه
اذا انفق على الولد ولم يعلم بانه غني ثم تبين انه غني يرجع عليه وهنا لا يرجع عليه وان كان
بحكم الحاكم فعلم ان النفقة كانت لاجل العدة وفي هذا المعنى الحايل والحامل سواء **قال**
قلت اذا كان كذلك فما فايدة التقييد بالحمل في الاية
قلت ان الحايل تستحق النفقة بقدر عدتها ثلاثة
اقرا او قدر الاشكال ان الحامل تستحق النفقة في مقدار هذا الزمان او اكثر فازال ذلك
الاشكال بقوله حتى يضعن حملهن يعني انها تستحق النفقة وان طالت مدة الحمل **فان**
قلت انقطعت الزوجية في المبتوتة فلا يجب لها النفقة
كالمتوفى عنها زوجها **قلت** لا نسلم ان القياس صحيح لان
المتوفى عنها زوجها لا يجب لها النفقة سواء كانت حاملا او حايلا والمبتوتة يجب لها النفقة اذا كانت
حاملا فكذا اذا كانت حايلا ولان النفقة جزا الاحتباس وهي محبوسة عن ساير الازواج
في بيت زوجها ما دامت في عدتها فيجب لها النفقة كما في الرجعي **قوله** على ما ذكرنا
وفي بعض النسخ على ما بينا اي في اول باب النفقة **قوله** ولهذا كان لها السكنى بالاجماع
اي للمبتوتة وفي دعوى الاجماع نظر لان السكنى لا تجب على مذهب الحسن البصري وعطا
بن ابي رباح والشعبي على ما ذكرنا في اول الفصل ثم المعتدة كما تستحق النفقة تستحق الكسوة ايضا

كذا في الفتاوى الصغرى **قوله** لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا والمراد من الكتاب قوله تعالى اسكنوهن من
حيث سكنتم وبه صرح الطحاوي في شرح الآثار والمراد من السنة ما روي في شرح الآثار عن عمر رضي الله عنه
قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لها السكنى والنفقة وقال فخر الاسلام البزدوي في اصول الفقه
قبيل باب بيان شرائط الراوي قال عيسى بن ابان اراد بالكتاب والسنة القياس وفيه نظر عندي لان حديث فاطمة
مخالف الكتاب والسنة كما نرى فلا حاجة الى ان يأول الكتاب والسنة بالقياس في قول عمر رضي الله عنه المعتدة اذا لم تلزم
بيت العدة لكنها تخرج زمانا وتسكن زمانا كانت ناشزة لا تستحق النفقة كذا في الفتاوى الصغرى **قوله**
ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها وهذه من مسائل القدوري اعلم ان المتوفى عنها زوجها لا نفقة لها في تركة
الزوج وانما ينفق عليها من حصتها من الميراث سواء كانت حاملا او غير حامل وذلك لان احتباسها
في عدتها ليس لحق الزوج بل لحق الشرع فلا يكون نفقتها في تركته الا ترى ان معنى التعرف عن براءة الرحم
لا يشترط في عدتها ولهذا لا تؤمر بان تستبرئ بثلاث حيض ولان ملك الزوج انتقل بالموت الى الورثة والنفقة
تجب شيئا فشيئا فلم يجز ايجابها في ملك الغير قال الطحاوي في مختصره ولا سكنى للمتوفى عنها زوجها ولا نفقة
في مال الزوج حاملا كانت او غير حامل قال ابو بكر الرازي قد كانت نفقتها واجبة في مال الميت بقوله
وصية لازواجهم متاعا الى الحول غير اخراج فنسخت هذه النفقة بالميراث وبقوله يتربصن بانفسهن
فاوجب نفقتها على نفسها وقطعها من مال الزوج وذكر في باب العدة من شرح الكافي ايضا ان المتوفى عنها زوجها
لا تستوجب السكنى والنفقة وقال ابو بكر الرازي اختلف الناس في نفقة المتوفى عنها زوجها اذا كانت
حاملا فقال ابن مسعود وابن عمر وشريح وابو العالية وابراهيم والشعبي نفقتها من جميع الميراث وقال ابن
عباس وابن الزبير وجابر والحسن وعطا وسعيد بن المسيب لا نفقة لها في مال الزوج بل نفقتها على
نفسها وهذا هو الاصح لان النفقة لو وجبت لا تخلو اما ان يتعلق وجوبها بالحمل لاجل العدة او لاجل الولد فان
كان لاجل الولد فالواجب ان يكون في نصيب الولد ولا يكون في جميع الميراث كما تجب بعد الوضع وان كانت
واجبة لاجل العدة فالواجب ان تستحقها وان لم تكن حاملا لوجود العدة فلما صح ذلك صح قولنا **قوله**
وكل فرقة جاءت من قبل المرأة بمعصية مثل الردة وتقبيل ابن الزوج فلا نفقة لها وهذه من مسائل
القدوري وذلك لانها منعت نفسها من زوجها بمعصية فتسقط نفقتها كالناشزة وانما قيد بالنفقة احترازا
عن السكنى لان السكنى واجب لها لان القرار في البيت مستحق عليها فلا يسقط ذلك بمعصيتها فاما النفقة
فواجبة لها فتسقط ذلك بمجيء الفرقة من قبلها بمعصية كذا ذكر شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي
قال في خلاصة الفتاوى والاصل ان الفرقة متى كانت من جهة الزوج فلها النفقة وان كانت من جهة
المرأة ان كانت بحق فلها النفقة وان كانت بمعصية فلا نفقة لها وان كانت بمعنى من جهة غيرها فلها النفقة
للملاعنة النفقة والسكنى والبائنة بالخلع والايلاء وردة الزوج ومجامعة الزوج امها تستحق النفقة وكذا
امرأة العنين اذا اختارت الفرقة وكذا ام الولد والمدبرة اذا اعتقتا وهما عند زوج قد بوأهما المولى بيتا
واختارتا الفرقة وكذا الصغيرة اذا ادركت واختارت نفسها وكذا الفرقة بعدم الكفاءة بعد الدخول
اما المرأة اذا ارتدت او طاوعت ابن الزوج فلا نفقة لها وان جامعها ابن الزوج مكرهة فلها النفقة
قال الخصاف في ادب القاضي والمختلعة والمبارئة لهما السكنى والنفقة فان اختلعت منه على ان برائه
من ذلك فالبراءة من النفقة جائزة واما السكنى فهي واجبة لها لان خروجها من بيتها قبل ان تنقضي عدتها
معصية **قوله** وان طلقها ثلاثا ثم ارتدت سقطت نفقتها وان مكنت ابن زوجها من نفسها فلها
النفقة قال صاحب الهداية معناه مكنت بعد الطلاق اي معنى قول القدوري وذلك لانها اذا امكنته
قبل الطلاق فلا نفقة لها لحصول الفرقة من جهتها بمعصية وقال زفر لا نفقة لها اذا امكنت ابن

زوجها

زوجها في عدتها كما اذا امكنته في حال قيام النكاح لان النفقة تجب شيئا فشيئا فاذا امكنته حال قيام
النكاح لا تجب فكذا هنا وخلاف زفر ذكره في شرح الكافي ولنا ان الفرقة بينهما حصلت قبل وجود
التمكين فلم يؤثر فعلها في اسقاط العدة فوجبت النفقة بخلاف ما اذا كان التمكين حال قيام النكاح
فان الفرقة تقع بمعصية من جهتها فلا تستحق النفقة وبخلاف ما اذا ارتدت المعتدة فانها تحبس
لحق الشرع حتى تسلم والمحبوسة بحق عليها لا تستحق النفقة على زوجها حتى قالوا لو لم تحبس بعد تجب
لها النفقة فان اسلمت ورجعت الى بيته كان لها النفقة لزوال العارض وهو الحبس بخلاف ما اذا
ارتدت حال قيام النكاح ثم اسلمت حيث لا نفقة لها اصلا لان النفقة سقطت لا لحبس الردة لا
للحبس **قوله** فلهذا يقع الفرقة اي بين المعتدة اذا امكنت ابن زوجها حيث يكون لها النفقة
وبين المعتدة اذا ارتدت حيث لا يكون لها النفقة والله اعلم

فصل

قوله ونفقة الاولاد الصغار على الاب لا يشاركه فيها احد وهذه من مسائل القدوري رح
وذلك لقوله تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن وجه الاستدلال بالآية ان النفقة
بعد الفطام مثل مؤنة الرضاع قبل الفطام من حيث ان الصغير يحتاج الى النفقة كما انه يحتاج
الى الرضاع ثم مؤنة الرضاع لا يشارك الاب فيها احد مع ان الام تساويه في الدرجة الى الصغير
فكذا النفقة فاذا لم تشاركه الام فلان لا يشاركه ابعد اولى ولقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن
اي على الذي يولد له وهو الاب رزق الوالدات وكسوتهن وله موضوع على الفاعلية بيانه ان
رزق الوالدات لما وجب على الاب بسبب الولد وجب رزق الولد عليه بالطريق الاولى وهذا
لان اللفظ المشتق اذا ترتب عليه الحكم يكون المعنى المشتق منه مناطا للحكم المذكور كما في قوله تعالى
والسارق والسارقة وقوله تعالى الزانية والزاني ولان الولد جزء من الاب فكان نفقته عليه كنفقته
على نفسه قال الطحاوي في مختصره ويجبر الرجل على نفقة اولاده الصغار اذا كانوا فقراء ذكورا كانوا
او اناثا وان كانوا كبارا محتاجين اجبر على نفقة الاناث منهم ولم يجبر على نفقة الذكور منهم وان كان
من ذكورهم من به زمانة كالعمى او كالشلل في اليدين وما اشبه ذلك فانه يجبر على نفقته وكذلك
يجبر كل ذي رحم محرم منهم على النفقة عليهم اذا كانوا ممن يرثهم ويراعي في صغارهم الفقر خاصة وفي
ذكران كبارهم الفقر والزمانة وفي اناث كبارهم الفقر دون الزمانة الى هنا لفظ الطحاوي **قوله**
وان كان الصغير رضيعا فليس على امه ان ترضعه وهذا لفظ القدوري وهذا لان كفاية الصغار
على الاب فكما لا تشارك الام الاب في النفقة بعد الفطام فكذلك لا تشاركه في مؤنة الرضاع
قبل الفطام فلا يجب عليها الارضاع ثم اختلفوا في معنى والوالدات يرضعن اولادهن قيل انه مجرد خبر
من غير الزام الارضاع وقيل انه خبر في معنى الامر كقوله تعالى والمطلقات يتربصن والاصح انه
خبر بمعنى الامر على وجه الندب او على وجه الوجوب اذا لم يقبل الثدي امه بدليل سياق
الآية وهو قوله تعالى لا تضار والدة بولدها اي بالزام الارضاع ولا مولود له بولده بان تطرح
الام الولد الى الاب اذا لم يقبل الصبي الثدي امه والحاصل انه نهي عن ان يلحق بها الضرار من
قبل الزوج وعن ان يلحق الضرار بالزوج من قبل المرأة بسبب الولد والباقي يعرف في الكشاف قال
شمس الائمة السرخسي رحمه الله في شرح كتاب النفقات ثم اذا لم تجب نفقة الرضاع كان لها ان
تمتنع عن الارضاع ولا تجبر على ذلك واذا لم تجبر كان على الاب ان يكتري امرأة ترضعه عند الام ولا
ينزع الولد من الام لان الامة اجمعت على ان الحجر لها لكن لا يجب عليها ان تمكث في بيت الام اذا لم
يشترط عليها ذلك عند العقد وكان الولد يستغني عنها في تلك الساعة بل لها ان ترضع ثم تعود الى

منزلها وان لم يشترط ان ترضع عند الام كان لها ان تحمل الصبي الى منزلها او تقول اخرجوه فترضعه
عند فنا الدار ثم يدخل الولد الى الام الا ان يكون اشترط عند العقد ان تكون الظير عند الام
فحينئذ يلزمها الوفا بالشرط قال في العمدة ولا يواخذ الاب باجرة الرضاع لاكثر من سنتين بالاجماع
قوله وهو الذي ذكره بيان الحكم اي الذي ذكره القدوري بقوله وان كان الصغير رضيعا فليس
على امه ان ترضعه هو بيان الحكم والقضا اما من حيث الدين فيجب عليها ان ترضع ولهذا قالوا لا يجوز
لها ان تاخذ الاجر بالارضاع لان اخذ الاجرة بازاء ما يجب عليها من حيث الدين لا يجوز وبه صرح في
شرح كتاب النفقات وظن بعض الشارحين ان المراد من قوله بيان الحكم هو جواب ظاهر الرواية
ثم قال وروى الحسن عن ابي حنيفة ان النفقة على الاب والام اثلاثا بحسب ميراثهما من الولد وتلك
الرواية صحيحة ولكن الشرح من المشروح كالضب من النون **قوله** وذلك اذا كان توجد من
ترضعه اشارة الى قوله وهذا الذي ذكره والمراد من الذي ذكره عدم وجوب الارضاع على
الام يعني ان عدم وجوب الارضاع على الام اذا كان توجد مرضعة اخرى اما اذا كان لا توجد
فحينئذ يجب الارضاع على الام لئلا يضيع الصغير وقال في تتمة الفتاوى اذا ابت الام ان ترضع وهي
منكوحة او مبانة ذكر شمس الائمة الحلواني في شرح ادب القاضي للخصاف انها لا تجبر على ذلك سواء كان
الولد ياخذ من لبن غيرها او لا ياخذ في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انها تجبر اذا لم ياخذ من لبن غيرها
وكان صاحب الهداية مال الى رواية ابي يوسف رحمه الله ونقل صاحب التتمة عن اجارات العيون
عن محمد رحمه الله فيمن استاجر ظيرا للصبي شهرا فلما انقضى الشهر ابت ان ترضعه والصبي لا يقبل ثدي
غيرها قال اجبرها ان ترضع **قوله** عن الضياع هو بفتح الضاد مصدر ضاع يضيع بخلاف الضياع
بكسر الضاد فانه جمع ضيعة بمعنى العقار **قوله** قال ويستاجر الاب من ترضعه عندها اي عند الام
يعني قال القدوري لما لم يجب ارضاع الصغير على الام وجب على الاب ان يستاجر امراة ترضعه عند
الام اما وجوب الاستيجار عليه فلان مونة الرضاع عليه وانما ترضعها عند الام اذا ارادت
الام ذلك لان حق الحضانة لها قال تعالى ولا تضار والدة بولدها فاذا ارادت ان يكون الولد
عندها ومع هذا انتزع الولد عنها يلزم الضرر عليها فلا يجوز **قوله** لان الحجر اي الحضانة **قوله**
وان استاجرها وهي زوجته او معتدته لترضع ولدها لم يجز يعني ان استاجر ام الصغير لارضاعه
حال قيام النكاح او في العدة لا يجوز لان الارضاع واجب عليها ديانة لقوله تعالى والوالدات
يرضعن وانما سقط الوجوب حكما للعجز فلما اقدمت على الارضاع بالاجرة دل على قدرتها فلم يجز اخذ الارضاع
الاجرة ولان اجرة الرضاع لحفظ الصغير ومنفعة الحفظ تعود الى الزوجين جميعا فلا يجوز
لها اخذ الاجرة لمنفعة تحصل لها ولهذا قالوا لا يجوز استيجار المراة على ارضاع ابنه من غيرها لان
المنفعة لا تحصل لها ثم في المعتدة عن طلاق رجعي لا يجوز استيجارها لارضاع ولدها رواية
واحدة وكذا في المعتدة المبتوتة في رواية لانها تستحق النفقة والسكنى كالزوجة وفي رواية
يجوز استيجارها لان النكاح قد انقطع فصارت كالاجنبية اما اذا استاجرها بعد انقضاء العدة جاز
لانقطاع النكاح بالكلية حيث لم يبق اثر من اثار النكاح وصارت كسائر الاجانب **قوله**
فان قال الاب لا استاجرها وجاء بغيرها فرضيت الام بمثل اجر الاجنبية او رضيت بغير اجر كانت
هي احق اعلم ان استيجار الام اذا كانت معتدة عن طلاق بائن جائز على احدى الروايتين وبعد
انقضاء العدة جائز رواية واحدة ثم على تقدير الجواز اذا قالت الام انا ارضعه بغير اجر فالام
احق لانها اشفق على الصغير وادر فيقولبها اوفق فكان النظر للصغير في الدفع الى الام اما اذا ارادت

الام الزيادة على اجرة الاجنبية لا يجبر الاب على ذلك لقوله تعالى لا تضار والدة بولدها ولا مولود
له اي بالزامه اكثر من اجرة الاجنبية بل يدفع الصغير الى الظير ترضعه عند الام لان الحضانة
لها **قوله** ونفقة الصغير واجبة على ابيه وان خالفه في دينه وهذه من مسائل القدوري
وهذا اذا اسلم الصغير العاقل وابوه كافر او ارتد والعياذ بالله وابوه مسلم لان اسلامه وارتداده
صحيح عندنا او اعتبر الصغير مسلما باسلام امه وانما وجبت نفقة الصغير على الاب مع المخالفة في
الدين لانه جزؤه وكفره لا يؤثر في نفقته فكذا كفر ولده في ايجاب النفقة عليه ولان نفقة الاولاد
الصغار جارية مجرى نفقة الزوجات بدليل قوله عليه السلام خذي من مال ابي سفيان ما يكفيك وولدك
بالمعروف ونفقة الزوجة على الزوج تجب وان خالفته في دينه فكذا هنا وانما وجبت نفقة الزوجة
مع المخالفة في الدين لان نفقتها تجب بحكم العقد الصحيح لانه جزاء الاحتباس الحاصل بالعقد وما كان
ثبوته بحكم العقد لا يؤثر فيه اختلاف الاديان كالمهر وعقد النكاح صحيح بين المسلم والكتابية
لقوله تعالى والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب اي العفائف عن فعل الزنا وتقدم في كتاب
النكاح **قوله** وفي جميع ما ذكرنا انما تجب النفقة على الاب اذا لم يكن للصغير مال اما اذا كان
فالاصل ان نفقة الانسان في مال نفسه صغيرا كان او كبيرا وذلك لان احد الموسرين ليس
في ايجاب النفقة على صاحبه باولى من ايجاب نفقة صاحبه عليه ثم الصغير اذا كانت له دورا
وعقارا او ما اشبه ذلك بان ماتت امه فورثها او ملكها بسبب اخر لا يجب نفقته على ابيه بل يبيع
الاب ذلك وينفقه عليه والفرق بين نفقة الصغير والزوجة حيث لا يجب نفقة الصغير على
الاب اذا كان الصغير غنيا باي مال كان وتجب نفقة الزوجة على الزوج وان كانت غنية ان نفقة
الصغير واجبة للحاجة فاذا انعدمت الحاجة فلا تجب كنفقة المحارم ونفقة الزوجة بازاء التمكين
من الاستمتاع فكان طريقه البدل والمعادلة والبدل تجب وان وجد الغنى

فصل **قوله** وعلى الرجل ان ينفق على ابويه واجداده
وجداته اذا كانوا فقراء وان خالفوه في دينه وهذه من مسائل القدوري اما الابوان فانما
يجب نفقتهما مع اختلاف الدين لقوله تعالى وان جاهداك على ان تشرك بي ما ليس لك به علم فلا
تطعهما وصاحبهما في الدنيا معروفا قال المفسرون نزلت الاية في سعد بن ابي وقاص وذلك
انه لما اسلم قالت له امه جميلة يا سعد بلغني انك صبوت فوالله لا يظلني سقف بيت من الضح والريح
ولا اكل ولا اشرب حتى تكفر بمحمد وترجع الى ما كنت عليه وكان احب ولدها اليها فابى سعد
وصبرت هي ثلاثة ايام ولم تاكل ولم تشرب ولم تستظل بظل حتى غشي عليها فاتى سعد النبي صلى الله
عليه وسلم وشكا ذلك اليه فانزل الله هذه الاية والضح الشمس معروفا اي حسنا بخلق جميل وحلم
واحتمال وبر وصلة وما يقتضيه الكرم والمروة وليس من المعروف ان يكون الولد في نعمة وابواه
في جوع وعري فلا جرم وجب نفقتهما عليه وما استدل شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي بقوله
تعالى ولا تقل لهما اف وقال نهى عن التافيف لمعنى الاذى ومعنى الاذى في منع النفقة عند حاجتهما
اكثر ولهذا يلزمه نفقتهما وان كانا قادرين على الكسب لان معنى الاذى في الكد والتعب اكثر منه في
التافيف وقال عليه السلام ان اطيب ما ياكل الرجل من كسبه وان ولده من كسبه فكلوا من كسب
اولادكم واما الاجداد والجدات فلان اسم الاباء والامهات ينطلق عليهم على وجه المجاز الا ترى
ان الجد كالاب في الميراث عند عدمه ولانهم كانوا اسبابا لاحياء الولد كالابوين فاستحقوا على
النافلة الاحياء كالابوين **قوله** وشرط الفقر اي شرط القدوري الفقر في قوله اذا كانوا

فقرا لانهم اذا كانوا اغنيا كان نفقتهم في مالهم **قوله** لما تلونا اراد به قوله تعالى وصاحبهما في
الدنيا معروفا **قوله** قال ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين الا للزوجة والابوين والاجداد
والجدات والولد وولد الولد اي قال القدوري رحمه الله اما نفقة الزوجة فانها مقابلة بالتمتع
ثابت ولانها تجب بالعقد الصحيح لوجود الاحتباس وقد حصل الاحتباس لعدم منافات الكفر بها وذلك فتجب النفقة
واما في الوالدين والولد فالقياس ان لا يثبت استحقاق النفقة مع اختلاف الدين لان استحقاقها بطريق
الصلة كنفقة الاقارب ولكنه استحسن في الابوين الذميين لقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا
والولد في معنى نفسه لانه جزؤه وكفر نفسه لا يمنع وجوب نفقته فكذا كفر ولده وكذا حكم اولاد
البنين والبنات والاجداد والجدات من قبل الاب والام بمنزلة الابوين لان الولاد يشملهم جميعا بخلاف
الحربي حيث لا تجب نفقته على ولده المسلم ولا على ابيه وامه وجده وجدته اذا كانوا مسلمين ولا
تجب نفقتهم ايضا عليه اما نفقته فانما لم تجب على المسلم لورود النهي عن البر والصلة في حقه قال
تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم ان تبروهم وتقسطوا
اليهم ان الله يحب المقسطين انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين واخرجوكم من دياركم
وظاهروا على اخراجكم ان تولوهم ومن يتولهم فاولئك هم الظالمون واما نفقة المسلم عليه فانما
لم تجب لان الحربي لم يلتزم احكامنا وان كان مستامنا الا اذا قبل الذمة **قوله** ولا يجب على
النصراني نفقة اخيه المسلم وكذا لا يجب على المسلم نفقة اخيه النصراني وهذا تفريع لقوله
ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين بيانه ان النفقة في غير الزوجة وعند صورة الولاد مترتبة
على الارث لقوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك ولا ارث بين المسلم والذمي فلا تجب نفقة احدهما على
الاخر بخلاف ما اذا ملك احدهما الاخر حيث يعتق عليه لان العتق مترتب على ملك القريب المحرم
وقد وجد فيعتق قال عليه السلام من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه **قوله** ولان القرابة
موجبة للصلة ومع الاتفاق في الدين اكد ودوام ملك اليمين اعلى من في القطيعة من حرمان
النفقة فاعتبرنا في الاعلى اصل العلة وفي الادنى العلة الموكدة فلهذا افترقا يعني ان ايجاب
الصلة بين القريبين مع الاتحاد في الدين اكد من ايجاب الصلة مع الاختلاف في الدين ثم معنى
قطع الرحم في بقا ملك اليمين اعلى واكثر من قطع الرحم الحاصل [illegible] من حرمان النفقة فاعتبرنا
في الاعلى وهو ملك اليمين اصل العلة وهو نفس ملك القريب لقوة معنى قطع الرحم حتى عتق
القريب المملوك سوا وجد الاتحاد في الملة او لم يوجد واعتبرنا في الادنى وهو النفقة العلة
الموكدة وهي القرابة مع الاتحاد في الملة لكون حرمان النفقة اضعف في قطع الرحم حتى
قلنا بوجوب نفقة القريب اذا وجد الاتحاد في الملة والا فلا فلهذا افترقا اي العتق ووجوب
النفقة فافهم **قوله** ولا يشارك الولد في نفقة ابويه احد وهذا لفظ القدوري رحمه الله
اذا كان الابوان معسرين والولد موسر تجب نفقتهما عليه خاصة لان لهما تاويلا في مال الولد
بدليل اضافته اليهما قال عليه السلام انت ومالك لابيك رواه جابر عن رسول الله صلى الله عليه
وسلم في شرح الاثار في باب الوالد هل يملك مال ولده ام لا **قوله** وهي على الذكور والاناث
بالسوية في ظاهر الرواية وهو الصحيح اي نفقة الابوين على الاولاد على التساوي اذا كان للاب
معسرا وله ابن وبنت موسران تجب نفقة الاب عليهما انصافا لان سبب الوجوب الولادة وقد
استوى الذكر والانثى في هذا المعنى بخلاف ما اذا كان للمعسر اخ واخت حيث يجب نفقته
عليهما اثلاثا لان سبب الوجوب الارث فيجب اثلاثا كالارث وانما قيد بقوله هو الصحيح احترازا

عما ذكر

عما ذكر شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي عن الحسن عن ابي يوسف عن ابي حنيفة ان النفقة بين
الذكور والاناث للذكر مثل حظ الانثيين على قياس الميراث وعلى قياس نفقة ذوي الارحام **قوله**
والنفقة لكل ذي رحم محرم اذا كان صغيرا فقيرا او كانت امراة بالغة فقيرة او كان ذكرا فقيرا
زمنا او اعمى وهذه من مسائل القدوري اي النفقة واجبة للقريب اذا كان لا يجوز نكاحه على سبيل
التابيد وانما قيد بذي الرحم المحرم لانه اذا وجد الرحم ولم يوجد المحرم او وجد المحرم ولم
يوجد الرحم او وجدا لكن لا من قرابة لا يجب النفقة الا ترى الى ما ذكر الامام الاسبيجابي في شرح
الطحاوي بقوله ولو كان رحما غير محرم نحو ابن العم او محرما غير رحم نحو الاخ من الرضاع او الاخت
من الرضاع او رحما لا من قرابة نحو ابن عم هو اخ من الرضاع لا يجب النفقة وذلك لان القرابة
القريبة موجبة للصلة دون البعيدة فاذا وجد ذو الرحم المحرم من القرابة يكون القرابة
قريبة والا فلا ثم لما وجبت النفقة لكل ذي رحم محرم قلنا لا بد من الفقر والعجز عن الكسب اما
اعتبار الفقر فلانه اذا كان غنيا تكون نفقته في ماله لا في مال غيره واما اعتبار العجز فلانه
لو كان قادرا على الكسب يكون غنيا بكسبه كما يكون غنيا بماله والصغير الفقير عاجز عن الكسب
وكذلك المراة والذكر الزمن والاعمى ومفقوء العينين واشل اليدين ومقطوع الرجلين والمعتوه
والمفلوج كلهم عاجزون عن الكسب فوجب صلة ارحامهم بكفاية نفقاتهم بخلاف الابوين والجد
والجدة عند عدمهما حيث لا يشترط لايجاب النفقة عجزهم عن الكسب بل الفقر فيهم كاف وذلك
لان في امرهم بالكسب يلزم ضرر مشقة الاكتساب عليهم مع غنا الولد وهو منهي عن ضررهم وهذا
كله مذهبنا وعند الشافعي لا يجب النفقة في غير الولاد لعدم البعضية ولنا قوله تعالى وعلى
الوارث مثل ذلك وفي قراءة ابن مسعود وعلى الوارث ذي الرحم المحرم ولا شك ان قراءته كانت
مسموعة من رسول الله صلى الله عليه وسلم فلهذا اشترطنا ذا الرحم المحرم **قوله** قال ويجب
ذلك على مقدار الميراث اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه فتجب نفقة البنت البالغة
والابن الزمن على ابويه اثلاثا على الاب الثلثان وعلى الام الثلث وهذا ليس بظاهر الرواية
وهو رواية الحسن عن ابي يوسف عن ابي حنيفة وهو رواية الخصاف ايضا قال الخصاف في
ادب القاضي الولد الذكر اذا كان به زمانة وقد بلغ فنفقته على ابويه على الام الثلث وعلى الاب
الثلثان ووجهه ان استحقاق النفقة بالارث لقوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك فيجب النفقة
على الابوين بقدر ميراثهما من الولد اما في ظاهر الرواية فكل النفقة على الاب كما في الولد
الصغير قال محمد في الاصل نفقة الكبير على الاب اذا كان زمنا وذلك لقوله تعالى وعلى المولود
له رزقهن فكما لا يشارك الاب احد في مونة الرضاع لا يشاركه ايضا في النفقة هذا اذا كان
الاب موسرا اما اذا كان الاب معسرا والام موسرة تؤمر الام بالانفاق على الولد ويكون ذلك
دينا على الاب وكذلك اذا كان الاب معسرا وعم الولد موسرا يؤمر العم بالانفاق
ويكون ذلك دينا على الاب وبه صرح شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي **قوله** وجه الفرق
على الرواية الاولى اي وجه الفرق بين الولد الصغير والكبير على غير ظاهر الرواية ان الوالد
له ولاية على الصغير ومونته عليه ولهذا يجب فطرته على الاب بخلاف الولد الكبير
لانه لا ولاية له عليه ولهذا لم يشارك الاب في نفقة ولده الصغير احد وشاركته الام في نفقة
الكبير فوجب الثلثان على الاب والثلث على الام **قوله** وفي غير الوالد يعتبر قدر الميراث
يعني رواية واحدة حتى يجب نفقة الصغير الفقير على الام والجد ابي الاب اثلاثا على الام الثلث وعلى

الجد الثلثان قال في شرح الطحاوي وكذلك اذا كان له ام واخ لاب وام او عم لاب او احد من العصبة فالنفقة
عليهم اثلاثا وكذلك اذا كان له اخ او اخت لاب وام فالنفقة عليهما اثلاثا على قدر ميراثهما ولو كان له اخ لاب
وام واخ لام فالنفقة بينهما اسداسا ولو كان له عم لاب وام وعمة لاب وام فالنفقة على العم دون العمة
وكذلك لو كان عما لاب وام وخالا لاب وام فالنفقة على العم ولو كانت له عمة لاب وام وخال لاب وام فالنفقة
عليهما اثلاثا ثلثاها على العمة وثلثها على الخال وكذلك لو كان له خال وخالة من قبل الاب والام فالنفقة عليهما اثلاثا
ولو كان له خال من قبل الاب والام وابن عم لاب وام فالنفقة على الخال والميراث لابن العم لان شرط وجوب
النفقة ان يكون ذا الرحم المحرم من اهل الميراث وابن العم ليس بمحرم **قوله** ونفقة المعسر على
الاخوات المتفرقات الموسرات اخماسا يعني يجب ثلاثة الاخماس على الاخت لاب وام والخمس على الاخت
لاب والخمس على الاخت لام وذلك لان النفقة معتبرة بالارث فانهن يرثنه كذلك اخماسا بالفرض
والرد فتجب النفقة ايضا اخماسا **قوله** ولا يجب نفقتهم مع اختلاف الدين وهذا لفظ القدوري اي
لا يجب نفقة ذوي الرحم المحارم مع الاختلاف في الدين لان بالاختلاف في الدين لا يجري الارث فلا يجب
النفقة ايضا لانها متعلقة بالارث بالنص ولان نفقتهم باعتبار الصلة ولا يجب صلتهم مع الاختلاف في
الدين الا ترى ان المسلم يبتدي بقتل اخيه الحربي ولا يبتدي بقتل ابيه الحربي الا انه لا يجب نفقة الحربي ايضا
على المسلم لانا نهينا عن برهم **قوله** ولا تجب على الفقير اي لا تجب النفقة على الفقير لانه يستحق النفقة فليس
ايجابها عليه اولى من ايجابها له فلهذا لم تجب عليه بخلاف نفقة الزوجة حيث تجب على زوجها المعسر لانها
تجري مجرى الديون بدلالة وجوبها مع يسار المراة كساير الديون بخلاف الولد الصغير حيث تجب على والده
المعسر لانها جارية مجرى نفقة الزوجة بدلالة قوله عليه السلام خذي من مال ابي سفيان ما يكفيك
وولدك بالمعروف وقال الطحاوي في مختصره ولا يجبر فقير على نفقة احد الا الاب على ولده الصغار
والزوج على زوجته والرجل على امه الفقيرة اما نفقة الصغير والزوجة فقد سوينا بينهما واما نفقة
الام فانما لزمته في حال الفقر لقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا ولم يفرق بين حال الفقر
والغنى فاذا امكنه سد جوعتها لزمه ذلك واما الابن فانه لا يجبر في حال الفقر على نفقة ابيه اذا
كان سليما لا زمانة به لانه يمكنه السعي للكسب والنفقة على نفسه كما يسعى الابن الكبير والام ليس كذلك
اذ ليس لها نهوض للكسب فان كان الاب زمنا لا يقدر على الكسب اجبر الابن على ان يدخله في نفقته
وكسبه كما قلنا في الام كذا ذكر ابو بكر الرازي في شرحه قال في شرح الكافي فان كان الولد معسرا والابوان
معسران فليس عليه نفقتهما لانهما لما استويا في الحال لم يكن احدهما بايجاب نفقته على صاحبه باولى من
الآخر الا انه روي عن ابي يوسف انه قال اذا كان الاب زمنا وكسب الابن لا يفضل عن نفقته فعليه
ان يضم الاب الى نفسه لانه لو لم يفعل ضاع الاب ولو فعل لا يخشى الهلاك على الولد فالانسان لا يهلك
على نصف بطنه **قوله** ثم اليسار مقدر بالنصاب فيما روي عن ابي يوسف اعلم ان نفقة الاقارب
تجب بطريق الصلة على الموسر دون المعسر لكن في تقدير اليسار اختلاف قال صاحب التحفة ذكر ابن
سماعة عن ابي يوسف رحمه الله انه اعتبر نصاب الزكاة وروى هشام عن محمد اذا كان له فضل عن نفقة
شهر له ولعياله فانه تجب عليه نفقة ذي الرحم المحرم والا فلا وروي عن محمد ان من لا شيء في يده من
المال وهو يكتسب كل يوم درهما فيكفي له اربعة دوانق فانه يرفع لنفسه ولعياله ما يتسع فيه
وينفق فضله على من يجبر على نفقته ثم قال في التحفة وقول محمد ارفق وقال شمس الائمة السرخسي رحمه
الله في شرح الكافي الى قول محمد وقال روى هشام عن محمد رحمه الله اذا كان كسبه في كل يوم درهما ويكفيه
لنفقته ونفقة عياله اربعة دوانق يؤمر بصرف الفضل الى اقاربه لان الاستحقاق باعتبار الحاجة

فيعتبر

فيعتبر في جانب المؤدي تيسير الاداء وتيسير الاداء موجود اذا كان كسبه يفضل عن نفقته ومال
الولوالجي في فتاواه الى ما ذكر عن ابي يوسف لانه قال ولا يجبر الرجل على نفقة ذي الرحم المحرم
وكان له كفاف وفضل عن قوته حتى يكون له مائتا درهم فصاعدا الا ان نفقة ذي الرحم المحرم تجب
على الموسر ونهاية اليسار لا حد لها وبداية اليسار لها حد وهو النصاب فيقدر اليسار بالنصاب ونقل
في خلاصة الفتاوى عن الاجناس قال في نوادر ابي يوسف يشترط نصاب الزكاة ثم قال في الخلاصة
هكذا قال الصدر الشهيد في الفتاوى الصغرى ان انتقص منه درهم لا يجب ثم قال في الخلاصة
قال وبه يفتى وقدر صاحب الهداية ايضا اليسار بالنصاب لكن فسر النصاب بنصاب حرمان
الصدقة وهو ان يملك ما يساوي مائتي درهم فاضلا عن مسكنه وثيابه واثاثه وفرسه وسلاحه وعبيده
ووجهه ان صدقة الفطر فيها معنى العبادة ومعنى المؤنة وهي متعلقة بهذا النصاب ونفقة الاقارب
مؤنة من كل وجه فلان تتعلق بهذا النصاب اولى **قوله** واذا كان للابن الغايب مال قضي فيه
بنفقة ابويه وقد بينا الوجه فيه اي بينا وجه المسألة في القضاء بالنفقة في مال الغايب عند
قوله ولا يقضى بنفقة في مال الغايب الا لهؤلاء والوجه ان نفقة هؤلاء واجبة قبل القضاء لكونها
متفقا عليها فكان قضاء القاضي اعانة لهم والباقي ينظر في تلك المسألة **قوله** واذا باع ابوه
متاعه في نفقته جاز عند ابي حنيفة رضي الله عنه وهذه من مسألة القدوري اعلم ان الاب اذا باع مال
ابنه الغايب من المنقول لان يقدر ما يحتاج اليه من النفقة جاز ولا يجوز له ان يبيع الزيادة على ذلك
عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقال صاحباه لا يجوز ذلك واجمعوا انه لا يبيع العقار الا اذا كان الولد
صغيرا فيبيع ذلك واجمعوا ان الام لا تبيع مال ولدها الصغير والكبير كذا في شرح الطحاوي وقول ابي
حنيفة استحسان وقولهما قياس كذا ذكر شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي لهما ان ولاية الاب انقطعت
بلوغ الولد عن عقل فلم يجز بيعه بعد ذلك كبيع غيره من الاقارب ولهذا ليس له ان يبيعه اذا كان الولد
الكبير حاضرا بالاتفاق وكذا لا يبيعه في ساير الديون فكذا في النفقة وكذا لا يبيع عقاره فعلم ان
ولايته انقطعت بالكلية فلا يجوز بيعه ولا يقضي القاضي بذلك لانه قضاء على الغايب ولابي حنيفة رضي
الله عنه ان ولاية الاب وان زالت بالبلوغ بقي اثرها ولهذا صح استيلاده جارية الابن فلما بقي اثر الولاية
كان له ان يبيع العروض لان بيعها من باب الحفظ لان العين يخشى عليه الهلاك وحفظ الثمن ايسر
من حفظ العين ولهذا كان للوصي ان يبيع العروض على الوارث الكبير الغايب للحفظ فلما جاز بيع الاب
كان له ان يأخذ من الثمن مقدار النفقة لانه من جنس حقه بخلاف العقار فانه محصن بنفسه فلا
يحتاج الى بيعه للحفظ الا ان يطلق الولاية وذلك عند صغر الولد او جنونه وبخلاف ما اذا كان الولد
الكبير حاضرا لانه لا حاجة الى حفظ غيره وبخلاف الام وساير الاقارب لانهم لا ولاية في التصرف
في المال اصلا في الصغر فلا يبقى اثرها بعد الكبر والنفقة لا تشبه ساير الديون لانه حينئذ يلزم
القضاء على الغايب فلا يجوز بخلاف النفقة فانها واجبة قبل القضاء وانما قضاء ~~القضا~~ القاضي اعانة فجاز
بيع الاب لعدم القضاء على الغايب **قوله** وان كان للابن الغايب مال في يد ابويه انفقا منه
لم يضمنا وهذا لفظ القدوري قال في مختصر الكرخي فان كان له عند احد من هؤلاء مال فانفقه
على نفسه اجزأه ولم اضمنه وان كان عند غيرهم فاعطاهم بغير امر القاضي حتى انفقوا كان ضامنا
له اشار بقوله هؤلاء الى الوالدين والولد والزوجة وانما لم يلزم الضمان في الصورة الاولى لان
الغايب لو كان حاضرا ~~لو كان~~ ما يجب عليه دفع ذلك وهم اخذوا ما يجب عليه دفعه فلا يجب الضمان
بخلاف الاجنبي فانه مامور بالحفظ فيتبع الحفظ بالانفاق فيضمن بخلاف ما اذا دفع الاجنبي باذن

القاضي حتى لا يمضي لعموم ولاية القاضي ولا يقال هذا قضاء على الغائب فلا يجوز لانا نقول نفقة هؤلاء واجبة قبل القضاء وقضاؤه اعانة لهم فحسب قوله على ما هو اشارة الى ما قال عند قوله ولا يقضي بالنفقة في مال الغائب الا لهؤلاء قوله واذا ضمن لا يرجع به على القابض اي اذا ضمن الاجنبي لا يرجع بما ضمن على القابض وهو الاب او الام لان الاجنبي ملك المدفوع بالضمان فكان متبرعا بملك نفسه قوله واذا قضى القاضي للولد والوالدين وذوي الارحام بالنفقة فمضت مدة سقطت وهذه من مسائل القدوري واستثنى في مختصره بقوله الا ان ياذن القاضي في الاستدانة عليه وذلك لان نفقة هؤلاء انما تجب كفاية لهم عن حاجتهم فلما مضت المدة سقطت النفقة لان حاجتهم انقضت في المدة الماضية فلم يحتج الى كفايتها بخلاف نفقة الزوجة اذا قضى بها القاضي لها لمدة معينة فمضت مدة لم يصل نفقتها اليها تلك المدة لا يسقط النفقة لان غاية ما في الباب ان تحصل لها الاستغناء عن كفاية الحاجة الماضية وذلك لا يقتضي سقوط نفقتها لان نفقة المراة جارية مجرى الديون تجب مع يسار المراة الا ان ياذن لهم القاضي في الاستدانة عليه فحينئذ لا تسقط نفقتهم ايضا المدة لان ما اخذوه باذن القاضي صار دينا على الغائب فلم يسقط بعد ذلك كسائر الديون لان القاضي له ولاية عامة فصار كامر الغائب نفسه قال في خزانة الفقه ثلاثة احكام يفرق فيها بين نفقة المراة ونفقة ذي الرحم المحرم اذا عجلت نفقتها فهلكت عندها او سرقت او كانت ثيابا فعجلت تخرقها لا يلزمه نفقتها وكسوتها الى ان يمضي المدة وفي ذي الرحم المحرم منه يلزمه ثانيا في الحال وان امسكت النفقة ولم ينفقه حتى مضت المدة وهي على حالها يلزمه نفقة اخرى وفي ذي الرحم المحرم لا يلزمه اخرى ما لم ياكل ما عنده ولو اخذت نفقتها مدة ثم ماتت يسترد نفقة ما بقي من المدة في قول محمد وفي ذي الرحم المحرم لا يسترد اجماعا وقال شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي واذا امتنع الاب من الانفاق على اولاده الصغار يحبس في ذلك بخلاف سائر ديون الولد فان الاب غير محبوس فيه لوجهين احدهما ان النفقة لحاجة الوقت فهو بالمنع يكون قاصدا الى اتلافه والاب يستوجب العقوبة عند قصد الاتلاف ولهذا لو عدا عليه بالسيف كان له ان يقتله بخلاف سائر الديون ولان سائر الديون لا يسقط بتاخير الاداء والنفقة لا تصير دينا بل تسقط بمضي الوقت وانما كتبناها لتكثير الفائدة وان لم يكن لها ذكر في هذا الموضع في المتن قوله الا ان ياذن القاضي في الاستدانة عليه استثناء من قوله سقطت وبيانه مر

فصل قوله وعلى المولى ان ينفق على امته وعلى عبده وهذه من مسائل القدوري والاصل هنا ما روى البخاري في الصحيح باسناده الى ابي ذر الغفاري رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ان اخوانكم خولكم جعلهم الله تعالى تحت ايديكم فمن كان اخوه تحت يده فليطعمه مما ياكل وليلبسه مما يلبس ولا تكلفوهم ما يغلبهم فان كلفتموهم ما يغلبهم فاعينوهم قال في الديوان الخول جمع خائل وقد يكون واحدا وهو اسم يقع على العبد والامة وقال في الغريبين يقال هم خول فلان اي اتباعه الواحد خائل والخول الرعاة يقال هو يخول عليهم اي يرعى عليهم وحدثنا الطحاوي في شرح الاثار له باسناده الى ابي اليسر صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اطعموهم مما تاكلون واكسوهم مما تلبسون قال قال الطحاوي ذهب قوم الى ان على الرجل ان يسوي بين مملوكه وبين نفسه في الطعام والكسوة احتجاجا بما روينا وخالفهم اخرون احتجاجا بما حدثنا الطحاوي باسناده الى ابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال للمملوك طعامه وكسوته ولا يكلف من العمل الا ما يطيق فدل على ان للمولى ان يفضلوا انفسهم على عبيدهم يدل على هذا ايضا ما حدث البخاري باسناده الى ابي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم

قال

قال اذا اتى احدكم خادمه بطعامه فان لم يجلسه معه فليناوله لقمة او لقمتين او اكلة او اكلتين فانه ولي علاجه وفي رواية الطحاوي فانه ولي حره ودخانه والجواب عن الحديث الذي احتجوا به ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال بلفظ من وهي للتبعيض فاذا اطعمهم الموالي من بعض ما ياكلون او كساهم من بعض ما يلبسون تحصل الغرض فلو كان المواساة المستوية في الاكل لقال رسول الله صلى الله عليه وسلم مثل ما تاكلون ومثل ما تلبسون ثم اعلم ان كل من كان مملوك المكاسب والمنافع فالمولى يجبر على نفقته كالعبد والامة والمدبر وام الولد لما روينا فان امتنع المولى من الانفاق فكل من يصلح للاجارة ينفق عليه من اجرته نظرا لجانب المولى والعبد جميعا لان العبد لا يهلك ويبقى ملك المولى على حاله وكل من لا يصلح للاجارة كالعبد الزمن والجارية التي لا تؤاجر مثلها يجبر على الانفاق او يبيع القاضي اذا ابى ذلك الا المدبر وام الولد فانه يجبر على الانفاق لا غير لانه لا يمكن بيعهما وكل من لم يكن مملوك المكاسب والمنافع فالمولى لا يجبر على نفقته وكذلك لا يجبر على نفقة سائر الحيوانات في ظاهر الرواية لانها ليست من اهل الاستحقاق بخلاف الادمي وعن ابي يوسف يجبر لئلا يلزم تعذيب الحيوان بلا فائدة قوله وان لم يكن لهما كسب بان كان عبدا زمنا او جارية لا تؤاجر مثلها اجبر المولى على بيعهما والضمير في لهما وبيعهما راجع الى العبد والامة قال في شرح الاقطع ما ذكره من البيع فينبغي ان يكون على قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لانهما يريان البيع على الحر لاجل حق الغير فاما ابو حنيفة رضي الله عنه فانه لا يرى جواز البيع على الحر ولكنه يحبسه حتى يبيع اذا استحق عليه البيع قوله وفي البيع ايفاء حقهما وهو مصدر اوفى في قوله وايفاء حق المولى وهو مصدر ايضا قوله ببيع بالخلف اي بالثمن قوله بخلاف نفقة الزوجة يرتبط بقوله اجبر المولى على بيعهما يعني ان العبد والامة اذا لم يكن لهما كسب وامتنع المولى من انفاقهما يجبر على بيعهما بخلاف الزوجة فان الزوجة اذا امتنع من انفاقها لا يجبر على التفريق لان ثمة اذا لم يجبر على البيع يلزم ابطال حق العبد والامة اصلا لان نفقة العبد والامة لا تصير دينا على المولى وفي الزوجة اذا لم يجبر على تفريقها لا يلزم ابطال حقها لان نفقتها تصير دينا بفرض القاضي وايضا اذا اجبر على البيع لا يفوت حق المولى من كل وجه لانه يحصل له الخلف وهو الثمن واذا اجبر على التفريق يفوت حق الزوج من كل وجه لعدم الخلف فلهذا اجبر المولى على البيع ولم يجبر الزوج على التفريق قوله على ما ذكرنا اشارة الى قوله بخلاف نفقة الازواج اذا قضى بها القاضي لانها تجب مع يسارها فلا تسقط قوله وفيه ذلك اي في الامتناع عن الانفاق في الحيوانات تعذيب الحيوان قوله ونهي عن اضاعة المال وهو ما حدث البخاري باسناده الى المغيرة قال قال النبي صلى الله عليه وسلم ان الله حرم عليكم عقوق الامهات ووأد البنات ومنع وهات وكره لكم قيل وقال وكثرة السؤال واضاعة المال وأد البنات دفنهن احياء قال الله تعالى واذا الموءودة سئلت ويروى ومنعا اي حرم منع الواجب عليك من الحقوق واخذ ما لا يحل لك من اموال الناس وكثرة السؤال اي مسئلة الناس اموالهم او السؤال عن الامور وكثرة البحث عنها قال الله تعالى لا تسألوا عن اشياء ان تبد لكم تسؤكم وقال تعالى ولا تجسسوا قوله وعن ابي يوسف انه يجبر اي يجبر مالك الحيوانات على النفقة عليها اراد به ما ذكره ابو جعفر الطحاوي في مختصره وقال وقد روى له اصحاب الاملاء عن ابي يوسف ولم يحك فيه خلافا بينه وبين ابي حنيفة انه يجبر ارباب البهائم على النفقة عليها او على بيعها قال الطحاوي وبه ناخذ قال ابو بكر الرازي ويشبه ان يكون ذهب فيه الى ما روي من الاثار في النهي عن تعذيب الحيوان قوله والاصح ما قلنا اي لا يجبر على انفاق سائر الحيوانات لانها ليست من اهل الاستحقاق وهذا اخر كتاب الطلاق فرغت من شرحه بعون الخلاق بعد العود

من سفرة الحج في المرة الثانية الى العراق في صفر سنة اربع وثلاثين وسبعماية والحمد لله رب العالمين
وصلواته على سيدنا محمد واله اجمعين **كتاب العتاق** لما فرغ عن بيان
الطلاق شرع في بيان العتق لان كل واحد منها اسقاط الحق الا ان الاول قدم لمناسبة النكاح ثم
الاسقاطات انواع تختلف اسماوها باختلاف انواعها فاسقاط الحق عن الرق عتق واسقاط الحق
عن البضع طلاق واسقاط ما في الذمة براة واسقاط الحق عن القصاص والجراحات عفو ثم الدليل
على وقوع العتق قوله تعالى فتحرير رقبة فلولا انه لا يقع لم يوجبه الشارع علينا وقول رسول
الله صلى الله عليه وسلم ايما رجل اعتق امرا مسلما استنقذ الله بكل عضو منه عضوا منه من
النار رواه البخاري في الصحيح باسناده الى ابي هريرة رضي الله عنه عن النبي عليه السلام وهكذا
روى مسلم ايضا الا ان في روايته قال ابو مسلم الى اخر الحديث وروى مسلم ايضا في صحيحه
باسناده الى ابي هريرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من اعتق رقبة اعتق الله بكل عضو
منها عضوا من اعضايه من النار حتى فرجه بفرجه وذكر محمد بن الحسن في الاصل عن ابي يوسف
عن اسماعيل مسلم المكي عن الحسن عن ابي الدردا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من لعب
بطلاق او عتاق فهو جايز عليه ونزلت هذه الاية لا تتخذوا ايات الله هزوا في ذلك وذكر عن عمر
بن الخطاب قال من تكلم بطلاق او عتاق او نكاح فهو جايز عليه يقال عتق يعتق عتقا وعتاقا
واعتقه سيده اعتاقا قال ابو حاتم الرازي في كتابه حتى اعتقه جعله عتيقا والعتيق الكريم
فكان العبد اذا صار حرا صار كريما والعتيق من كل شي كريم يقال فرس عتيق اذا كانت له
سابقة وعتقت اذا سبقت ويقال عتقت في يمين اي سبقت وتقدمت قال **الشاعر**
على البه عتقت قديما ۞ وليس لها وان طلبت مرام ۞
ورجل عتيق اي كريم وامراة عتيقة ونساء عواتق ويقال اعتق فلان رقبة اذا اعتق عبدا
او امة وخصت الرقبة من بين ساير الاعضا لان ملك الصاحب له بمنزلة الحبل في رقبته فاذا
اعتقه فقد حل ذلك الحبل من رقبته هذا كله كلام ابي حاتم في كتاب حلية العقلا والاعتاق
ازالة ملك متجزي مفضي زواله الى العتق وهذا عند ابي حنيفة والعتق الحرية الحاصلة بعد
الملك وقالا الاعتاق اثبات العتق والملك عبارة عن المطلق الحاجز والرق عبارة عن معنى اذا
ثبت في الادمي يصح تملكه والباقي يعرف في كتابنا الموسوم بالتبيين وشرط الاعتاق ان يكون
المعتق حرا عاقلا بالغا مالكا وسببه التكلم بالفاظ العتق صريحا او كناية اذا وجدت النية
والملك في القريب وركنه لفظ العتق الصادر من الاهل مضافا الى المحل وحكمه زوال الملك
او ثبوت العتق على حسب الاختلاف في تفسير الاعتاق قال في التحفة الاعتاق انواع قد
يكون قربة وطاعة لله تعالى بان اعتق لوجه الله تعالى او نوى عن كفارة عليه وقد يكون
مباحا غير قربة بان اعتق من غير نية او اعتق لوجه الله تعالى او نوى عن كفارة عليه وقد
يكون مباحا غير قربة بان اعتق من غير نية او اعتق لوجه فلان وقد يكون معصية بان
قال انت حر لوجه الشيطان ويقع العتق ايضا **قوله** قال العتق يصح من الحر البالغ
العاقل في ملكه اي قال القدوري في مختصره اما اعتبار الحرية فلان الاعتاق يقتضي سابقة
التملك والعبد لا يملك شيا فلا يصح اعتاقه واما اعتبار البلوغ والعقل فلانه ازالة ملك وفيه
ضرر ظاهر فلا يصح تصرف الصبي والمجنون فيما فيه ضرر كالطلاق يويده قوله عليه السلام
رفع القلم عن ثلاث عن النايم حتى يستيقظ وعن المجنون حتى يفيق وعن الصبي حتى يحتلم واما

اعتبار ان يكون العبد في ملكه فلقوله عليه السلام لا نذر لابن ادم فيما لا يملك ولا عتق له فيما لا يملك ولا طلاق
له فيما لا يملك رواه الترمذي في جامعه باسناده الى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده **قوله** الى حالة منافية
اراد بها الصبا والجنون فانهما منافيان للاعتاق **قوله** واذا قال لعبده او امته انت حر او معتق
او عتيق او محرر او قد حررتك او اعتقتك فقد عتق نوى به العتق او لم ينو وهذه من مسايل القدوري
رحمه اعلم ان الالفاظ التي تستعمل في باب العتاق على ثلاثة اقسام احدها ما يعتق بغير النية والثاني
ما يعتق بالنية والثالث ما لا يعتق وان نوى به العتق اما القسم الاول فقال في عتاق الاصل اذا قال
لعبده انت حر او اعتقتك او حررتك او انت عتيق عتق في ذلك كله الا ان ينوي به الخبر بالباطل
فيدين فيما بينه وبين الله تعالى فلا يعتق وان قال لعبده هذا مولاي عتق في القضا وفي نوادر هشام عن
ابي يوسف لو قال رجل لاخر انا مولى ابيك اعتق ابوك ابي وابي فانه حر ولا يكون عبدا وكذلك لو قال انا
مولى ابيك ولم يقل اعتقني فانه حر لانه قد يكون مولاه من قبل جده ولو قال انا مولى ابيك اعتقني فانه
مملوك لو جحد الوارث ان يكون ابوه اعتقه الا ان يجي بالبينة وفي الهاروني اذا قال لامة ولدته انت حرة
وقال نويت انك حرة من عمل او من دخول بيت لم يدين في القضا ولا فيما بينه وبين الله تعالى ولا يسعها ان
تقربها وقال ابو يوسف في نوادر هشام يدين فيما بينه وبين الله تعالى واما القسم الثاني وهو الذي يعتق
اذا نوى العتق فقال في عتاق الاصل لو قال لعبده لا سبيل لي عليك او لا ملك لي عليك او قد خرجت من
ملكي عتق ان نوى العتق ولا يعتق ان لم ينوه في القضا وفيما بينه وبين الله تعالى وفي نوادر ابن سماعة
عن محمد لو قال لعبده لا سبيل لي عليك الا سبيل الولا عتق في القضا وان قال لا سبيل لي عليك الا سبيل
الموالاة لم يعتق وفي نوادر ابي يوسف رواية ابن سماعة لو قال لعبده انت حر فيما ذلك هجا عتق
غلامه ان نوى العتق وكذلك الطلاق ان نوى ولو تلا سجدة التلاوة لم يجب عليه ان يسجدها وفرق
ما بينهما بانه لو كتب السجدة لم يجب عليه ان يسجد فلو كتب الطلاق او العتق الى امراته عتق العبد
وطلقت المراة واما القسم الثالث وهو الذي لا يعتق وان نوى فقال في عتاق الاصل اذا قال لامته
قد بنت مني او حرمت علي او انت خلية او برية او بائن او ابنته او اخرجي او استبري او تقنعي او اذهبي
او اختاري فاختارت نفسها او قال لا سلطان لي عليك وهو ينوي العتق صارت حرة ثم اعلم ان الالفاظ
التي يقع بها العتق صريح وكناية اما الصريح فيقع كيف كان سوا استعمل بلفظ الصفة كقوله انت
حر او انت محرر او انت عتيق او بلفظ الاخبار كقوله حررتك او اعتقتك او بلفظ الندا كقوله يا حر
او يا عتيق او يا محرر وذلك لان هذه الالفاظ صريح في العتق فلا يفتقر الصريح الى النية غاية ما في
الباب انه يقال ان في لفظ الخبر احتمال الكذب فينبغي ان لا يقع العتق بالاحتمال لكنا نقول اللفظ
وان كان للاخبار وضعا جعل للانشا شرعا فلم يحتمل الكذب قال بعض المحققين معنى الكلام الانشايي
انه لا يحتمل صدقا ولا كذبا بل هو موضوع لنوع من الكلام محقق في النفس ليس له اعتبار من خارج
يوافقه فيسمى صدقا ولا يخالفه فيسمى كذبا كقولك قم واقعد فانه لطلب محقق لا يعتبر بامر من
خارج فلا يقال له صدق ولا كذب والخبر كقولك زيد قايم يعتبر بامر خارج وهو تحقق النسبة الى
زيد لا باعتبار النفس فان كانت محققة سمي صدقا وان كانت منفية سمي كذبا **قوله** وغيرهما نحو
قوله اجرت او وكلت **قوله** وان قال عنيت به الاخبار الباطل او انه حر من العمل صدق ديانة
اي ان قال اردت بكل واحد من هذه الالفاظ وهي قوله انت حر او معتق او عتيق او حررتك
او اعتقتك الاخبار الباطل يعني الكذب او قال اردت انه حر من العمل اي لا استعمله في عمل ما صدق
ديانة يعني فيما بينه وبين الله تعالى حتى لا يعتق ديانة لان الصيغة للخبر وضعا والخبر يحتمل ذلك لكن

لا يصدق قضاء لانه خلاف الظاهر وقال في تحفة الفقهاء لو قال انت حر من هذا العمل وسمى عملا معينا
او قال انت حر من العمل اليوم فانه يعتق في القضاء لان العتق لا يتجزى فاذا جعله حرا في بعض الاعمال
او جعله حرا عن الاعمال كلها في بعض الازمان يثبت في الكل فيصدق فيما بينه وبين الله تعالى انه اراد
به البعض **قوله** ولو قال له يا حر يا عتيق ذكره بسبيل التفريع لمسئلة القدوري قال في عتاق
الاصل لو قال لعبده يا عتيق يا حر يا مولاي عتق في هذه الثلاثة وذاك لانه ناداه بما هو موضوع
للحرية فاقتضى تحقيق هذا الوصف فيه بخلاف قوله يا ابني لانه لم يناده باللفظ الموضوع
للحرية فكان الغرض مجرد الاستحضار وقال في الاجناس لو قال يا حر النفس عتق في القضاء وفي نوادر هشام
لو سمى عبده حرا فقال له يا حر لا يعتق اذا كان اسمه حر معروفا وفي الهاروني لو قال لام ولده يا حرة
او قال لها قومي يا حرة او تعالي يا حرة او اذهبي يا حرة عتقت ولو قال ما اردت العتق انما اردت
الاكرام دين فيما بينه وبين الله تعالى ولا يدين في القضاء **قوله** وانه تثبت من جهته اي ان الوصف
وهو الحرية تثبت من جهة المنادي وانما قيد بهذا احترازا عن مثل قوله يا ابني لان الوصف وهو
البنوة مثلا لا يمكن اثباته من جهة المنادي لان المتخلق من ماء الغير لا يكون ابنا بهذا النداء ويجيء بيانه ان
شاء الله تعالى **قوله** وستقرره من بعد اي مسئلة يا ابني ويا اخي **قوله** الا اذا سماه حرا ثم
ناداه يا حر استثناء من قوله يعتق **قوله** ولو ناداه يا ازاد وقد لقبه بالحر قالوا يعتق اي
قال المشايخ وذكره ايضا بسبيل التفريع وكذا عكسه يعني اذا ناداه بقوله يا حر وكان سماه ازاد
يعتق لانه لم يناده باسمه العلم فيعتبر المعنى الذي وضع اللفظ له واذا قال لعبده يا ازاد
مرد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يعتق وقال بعضهم لا يعتق وبه اخذ
الفقيه ابو الليث في النوازل لانه اذا قيل ازادمرد يراد به العتاق **قوله** وكذلك لو قال راسك
حر او وجهك او رقبتك او بدنك او قال للامة فرجك حر وهذه من مسائل القدوري يعني كذلك
الحكم اذا ذكر هذه الالفاظ يعني يعتق لانه اضاف العتاق الى جزء معبر عن جميع البدن فيثبت العتاق
كالطلاق اذا اضافه الى هذه الالفاظ وكذلك اذا اضاف العتاق الى جزء شايع كالنصف والثلث
وما اشبه ذلك كما في الطلاق بخلاف ما اذا اضاف العتاق الى جزء شايع كالنصف والثلث وما
اشبه ذلك كما في الطلاق بخلاف ما اذا اضاف العتاق الى جزء معين لا يعبر به عن جميع البدن كاليد
والرجل لا يقع فيه العتاق كالطلاق وفيه خلاف زفر والشافعي وقد مر بيانه في باب ايقاع
الطلاق قال الحاكم الشهيد في الكافي وان قال يدك او عضو من اعضائك او دمك حر لم يعتق
وسيجيء المسائل في اخر الباب **قوله** وسنبينك للاختلاف اي في اول باب العبد يعتق بعضه
قوله وقد بيناه اي في باب ايقاع الطلاق **قوله** ولو قال لا ملك لي عليك ونوى به الحرية
عتق وان لم ينو لا يعتق وهذه من مسائل القدوري وذلك لانه من كنايات العتق فلا بد من
النية بيانه ان نفي الملك يحتمل اما لانه باعه او لانه اعتقه فلا بد لتعيين العتق من النية
قلت ينبغي ان يقع العتق بلا نية اذا لم يكن البيع ونحوه من الاشياء
المزيلة موجودا لان نفي الملك لما كان دائرا بين الاعتاق وغيره وغير الاعتاق لم يكن موجودا
في الواقع تعين الاعتاق لا محالة كما هو الحكم في التردد بين الشيئين والا يلزم ان يكون العاقل لغوا
فلا يجوز ونقل صاحب الاجناس عن نوادر ابن رستم عن محمد رحمه الله لو قال لمملوكه انت غير
مملوك لا يكون عتقا لكن ليس له ان يدعيه وقال في خلاصة الفتاوى ليس له ان يستخدمه فان
مات لا يرث بالولاء فان قال المملوك بعد ذلك انا مملوك لي فصدقه كان مملوكا له وقال فيه ايضا

وكذا

وكذا لو قال ليس هذا بعبدي لا يعتق **قوله** قال وكذلك جميع كنايات العتق اي قال ال
قدوري وكذلك جميع كنايات العتق يقع العتق بها اذا وجدت النية والا فلا وفسرها صاحب
الهداية بقوله وذلك مثل قوله خرجت من ملكي ولا سبيل لي عليك ولا رق لي عليك وقد خليت
سبيلك قال لانه يحتمل ان يكون باعتبار البيع والكتابة او باعتبار العتق فلا بد من النية وما ذكرته
انفا في قوله لا ملك لي عليك فهو يرد في قوله خرجت من ملكي ولا رق لي عليك فاعرفه قال في التحفة
في قوله لا سبيل لي عليك ان نوى العتق يعتق وان لم ينو يصدق في القضاء لانه لفظ مشترك الا
اذا قال لا سبيل لي عليك الا سبيل الولاء فهو حر في القضاء ولا يصدق انه اراد به غير العتق ولو قال
الا سبيل الموالاة يصدق في القضاء لانه قد يراد به الموالاة في الدين بخلاف لفظ الولاء فانه يستعمل
في ولاء العتق وقال القدوري في شرحه فان لم ينو في قوله لا سبيل لي عليك فهو رقيق لان المولى
قد يقول لعبده لا سبيل لي عليك باللوم والعقوبة لانك وفيت بالخدمة وفعلت ما امرتك وقد
يقول لا سبيل لي عليك لاني كاتبتك فزالت يدي عنك ولا سبيل لي عليك لاني اعتقتك فاذا احتمل اللفظ
العتق وغيره لم يقع الا بالنية **قوله** وكذا قوله لامته قد اطلقتك يعني ان هذا اللفظ ايضا من كنايات
العتق فاذا نوى العتق عتقت والا فلا كما في تخلية السبيل بخلاف ما اذا قال لها قد طلقتك حيث لا
يقع العتق اصلا نوى او لم ينو لان لفظ الطلاق صريح في رفع قيد النكاح فاذا جوزنا استعماله في
رفع ملك اليمين مجازا يلزم ان يكون مزيل الادنى مزيل الاعلى فلا يجوز وباقي التقرير يجيء عند قوله
وقال لامته انت طالق وذاك الموضع هو المراد بقوله على ما نبين **قوله** ولو قال لا سلطان
لي عليك ونوى العتق لم يعتق وهذا لفظ القدوري في مختصره وهو رواية الاصل وقال في
الهاروني يعتق اذا نوى وجه الفرق في رواية الاصل بين قوله لا سلطان لي عليك حيث لا يعتق
اصلا وبين قوله لا سبيل لي عليك حيث يعتق اذا نوى ان السلطنة عبارة عن قيام اليد او الحجة لا
يدل على العتق الا ترى انه لا يد للمولى على المكاتب بخلاف نفي السبيل من كل وجه فانه يدل على
العتق الا ترى ان للمولى على المكاتب سبيلا من حيث المطالبة باداء بدل الكتابة وقد روي عن الكرخي
انه قال ما اتضح لي وجه الفرق بين المسئلتين وقد فني عمري قال اهل التفسير في قوله تعالى وكيف
اخاف ما اشركتم ولا تخافون انكم اشركتم بالله ما لم ينزل به عليكم سلطانا اي حجة كذا ذكره في الكشاف
وفي تفسير الزجاج وغيرهما وقال ابن دريد قال ابو عبيدة في قوله عز وجل سلطان مبين اي حجة
وقال في ديوان الادب السلطان الحجة ولو قال لعبده اذهب حيث شئت او توجه اين شئت من
بلاد الله لا يعتق وان نوى كذا في مختصر الكرخي وذلك لانه يفيد زوال اليد فلا يدل على العتق
كما في المكاتب **قوله** فلهذا احتمل العتق اي لاجل ان نفي السبيل مطلقا بانتفاء الملك يحتمل قوله
لا سبيل لي عليك العتق **قوله** ولو قال هذا ابني وثبت على ذلك عتق وهذه مسئلة القدوري
وهذا بالاتفاق فيما اذا كان يولد مثله لمثله اما اذا كان لا يولد مثل هذا الغلام لمثل هذا المولى
فسيجيء بيان الاختلاف فيه عند قوله وان قال لغلام لا يولد مثله لمثله هذا ابني والاصل هنا ان
من وصف مملوكه بصفة من يعتق عليه اذا ملكه عتق عليه اعني القرابات المحرمة للنكاح كقوله هذا
ابني او هذه بنتي او هذا ابي او هذه امي او هذا عمي وخالي او قال هذا جدي قال في التحفة ذكر في
ظاهر الرواية وسوى بين الكل الا في الاخ والاخت فانه لا يعتق الا بالنية وروى الحسن عن ابي
حنيفة انه سوى بين الكل وقال يعتق ثم العبد لا يخلو اما ان كان له نسب معروف من الغير او لم
يكن فان لم يكن له نسب معروف يثبت النسب والعتق جميعا وان كان له نسب معروف لا يثبت النسب

لتعذره لانه ثابت النسب من الغير لكن يثبت العتق عملا بمجازه للفظ لان البنوة سبب للتحرير
والاطلاق السبب وارادة المسبب طريق من طرق المجاز والدليل على انها سبب ان من ملك ابنه
يعتق عليه وانما لم يعتق بلفظ الاخ والاخت على ظاهر الرواية لانه يستعمل في الشريعة على
وجه الاكرام قال تعالى فان لم تعلموا اباءهم فاخوانكم في الدين فلا يتعين العتق الا بالنية ثم اعلم
ان في قوله هذا ابي وهذه امي وهو يصلح ان يكون ولدا لهما وهو مجهول النسب يثبت العتق ولكن
لا يثبت النسب ما لم يصدقاه بخلاف قوله لمجهول النسب هذا ابني حيث يثبت العتق والنسب بلا
تصديق وعليه نص الحاكم وذاك لان في الصورة الاولى يحمل النسب على غيره فيحتاج الى تصديقه
بخلاف البنوة لانه يحملها على نفسه كذا في الشامل ثم اذا قال له هذا ابني هل تصير امه ام
ولد له اذا كانت في ملكه بعضهم قالوا لا يثبت الاستيلاد سواء كان الولد مجهول النسب او معروف
النسب وقال بعضهم يثبت في الحالين وبعضهم فرق فان كان معروف النسب لا يثبت وفي مجهول
النسب يثبت كذا في تحفة الفقهاء ثم اعلم ان قوله وثبت على ذلك انما شرطه لثبوت النسب لا لثبوت
العتق لان الرجوع عن الاقرار بالنسب يصح وعن العتق لا يصح وبه صرح فخر الاسلام البزدوي في
اصول الفقه في اخر باب الحقيقة والمجاز والدليل على ان الرجوع عن الاقرار بالنسب يصح ما
نص عليه الكرخي في مختصره في باب اقرار الرجل بوارث من كتاب الاقرار واذا اقر الرجل في
مرضه باخ من ابيه وامه وابن ابن او بعم او بابن عم وصدقه المقر به ثم انكر المريض بعد ذلك
وقال ليس بيني وبينه قرابة ثم اوصى بماله كله لرجل ثم مات ولا وارث له ولا عصبة ولا مولى
فان المال كله للموصى له بجميع المال ولا شيء للمقر له لان المريض جحد ما اقر به من ذلك ولم يكن له
اقرار لازما فلما جحد كان بمنزلة من لم يقر ولو لم يوص بماله ولكنه مات وقد جحد ما اقر به
كان ماله في بيت المال لجماعة المسلمين وبطل ما اقر به الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله ونقل الامام
حميد الدين الضرير رحمه الله ان البندار الرازي ذكر في شرح القدوري انه انما قال ذلك
لانه ان لم يثبت وادعى انه قال ذلك كرامة يصدق ولا يعتق **قوله** والعبد محتاج الى النسب
حتى يحصل له معين فظهير **قوله** وجه المجاز نذكره من بعد يعني عند بيان دليل ابي
حنيفة في قوله وان قال لغلام لا يولد مثله لمثله هذا ابني عتق عند ابي حنيفة رضي الله عنه **قوله**
ولو قال هذا مولاي او يا مولاي عتق وهذا لفظ القدوري في مختصره وعليه نص الحاكم في
الكافي ولا يحتاج الى النية لكونه صريحا كذا في التحفة ونقل في خلاصة الفتاوى عن العيون قال
لا يعتق بالنداء الا في موضعين يا مولاي ويا حر اعلم اولا ان لفظ المولى مشترك يجيء بمعنى ابن العم
والولي والحليف والناصر والمعتق كذا ذكر صاحب ديوان الادب اما ابن العم فمثل قوله تعالى
واني خفت الموالي من ورائي اي بني عمي بعد موتي كذا قال اهل التفسير وقال طرفة فمالي اراني
وابن عمي مالكا متى ادن منه ينأ عني ويبعد فلو كان مولاي امرا هو غيره لفرج كربي او لانظرني غدي
والمولى في البيت يعني ابن العم واما الناصر فمثل قوله تعالى وان الكافرين لا مولى لهم اي لا ناصر لهم
واما الحليف فكقول الجعدي موالي حلف لا موالي قرابة اي هم حلفاء لا ابناء عم واما الولي فمثل
قوله تعالى وارحمنا انت مولانا اي متولي امورنا وقيل ايضا اي ناصرنا او سيدنا ونحن عبيدك
والمعتقان الاخران في غاية الكثرة والشهرة في كلام العرب ثم قال اصحابنا اذا قال لعبده هذا
مولاي لا يجوز ان يحمل على الناصر لان المولى لا يستنصر بعبده عادة ولا يحمل على انه اراد به ابن
العم لانه معلوم على خلاف ذلك ولا يحمل على انه اراد به المولى الاعلى لان العبد لا يعتق مولاه

شخص

فتعين المولى الاسفل وهو الذي انعم عليه بالعتق وهو صريح في ايقاع العتق وكذا اذا قال يا مولاي
لانه نداء باللفظ الصريح في العتق فصار كقوله يا حر وقال زفر لا يعتق لانه يستعمل للتعظيم كقوله
يا سيدي ويا مالكي وذكر في الفتاوى الولوالجي اختلاف المشايخ فيما اذا قال لعبده هذا مولاي
او قال يا مولاي او قال لامته هذه مولاتي او قال يا مولاتي منهم من قال هذا اصرح من كل وجه حتى
لو قال عنيت به الناصر لا يصدق في القضاء ومنهم من قال يجب الصريح والكناية حتى لا يعتق من
غير النية ثم قال الولوالجي والاول اصح فاقول لا نسلم ان المولى صريح في ايقاع العتق وهذا لان
الصريح مكشوف المراد ولفظ المولى مشترك قد ورد استعماله في معان في القران والشعر ومع
استعماله في المعاني بسبيل البدل لا يكون مكشوف المراد فلا يكون صريحا فلا بد من النية وقولهم ان
المولى لا يستنصر بمملوكه عادة فلا نسلم ذلك بل يحصل له النصرة مما يكسبه وخدمته والذي لا يحتاج
الى الظهير والنصير فهو الله تعالى وحده على انا نقول لا شك ان الصريح يفوق الدلالة لان
المتكلم يصرح وينادي باعلى صوته اني عنيت الناصر بلفظ المولى وله دلالة على ذلك حقيقة
لانه مشترك وهم يقولون دلالة الحال من كلامك تدل على ان المراد من المولى هو المعتق الاسفل ولا
يعتبر ارادة الناصر ونحوه وهذا في غاية المكابرة **قوله** اما الاول اراد به قوله هذا مولاي
واراد بالاعلى المعتق بكسر التاء وبالاسفل المعتق بفتح التاء **قوله** وهذا لان المولى لا يستنصر
بمملوكه اشارة الى قوله تعين الاسفل **قوله** والعبد نسبه معروف يعني يعرف يقينا ان العبد لا
نسبة بينه وبين سيده في القرابة فلا يكون ابن عمه **قوله** فانتفى الاول والثاني اي الناصر وابن
العم **قوله** والثالث نوع مجاز اراد به الموالي في الدين **قوله** والكلام لحقيقته فتعين
الاسفل سلمنا ان الكلام لحقيقته اذا لم يكن المجاز مرادا اما اذا كان مرادا فلا نسلم على انا نقول
لفظ الموالي مشترك وله حقائق لا حقيقة واحدة فلا يتعين الاسفل مع تصريحه بانه لم يرده
بل اراد به معنى اخر **قوله** لما بينا من الدليل في قوله هذا مولاي **قوله** واما الثاني
معطوف على قوله اما الاول واراد بالثاني قوله يا مولاي **قوله** بهذا اللفظ اي بقوله
يا مولاي **قوله** وقال زفر لا يعتق في الثاني اي في قوله يا مولاي يعني اذا ذكر المولى بلفظ
النداء قال لانه يقصد به الاكرام كقوله يا سيدي ويا مالكي قال في الفتاوى الصغرى اذا قال يا سيدي
او قال يا مالكي اذا لم ينو العتق لا يعتق ولو نوى فعن محمد روايتان **قوله** بخلاف ما ذكر اراد به
قوله يا سيدي يا مالكي يعني ليس فيه ما يدل على العتق فكان كله لطف واكرام **قوله** ولو قال
يا ابني او يا اخي لم يعتق وهذا لفظ القدوري في مختصره قال في تحفة الفقهاء اذا قال يا ابني يا بنتي
يا ابي فانه لا يعتق الا اذا نوى لان النداء لا يراد به ما وضع له اللفظ انما يراد به استحضار
المنادى الا اذا ذكر اللفظ الموضوع للحرية كقوله يا حر يا مولاي يعتق لان في الموضوع لا يعتبر
المعنى ونقل في الاجناس عن نوادر بن رستم عن محمد رحمه الله لو قال لعبده يا خالي يا عمي او قال يا ابي
او يا جدي او قال له يا ابني او قال لجاريته يا عمتي او يا خالتي او يا اختي او قال لعبده يا اخي لا يعتق
في جميع ذلك والاصل هنا ان المقصود من النداء هو استحضار المنادى لكن استحضاره له يتحقق
ذلك الوصف كقوله يا حر فيعتق الا اذا كان سماه حرا وناداه بقوله يا حر فلا يعتق وقد مر
ذلك واذا كان الاستحضار بلفظ مشتمل على وصف لا يتصور اثبات ذلك الوصف من جهة
المنادي كان النداء لمجرد الاعلام لا لتحقيق الوصف كقوله يا ابني لان المتخلق من ماء الغير لا يكون
ابنا للمنادي بالنداء بلفظ الابن **قوله** لتعذره اي لتعذر تحقيق الوصف واراد بالوصف

البنوة والاخوة ونحوهما من الابوة **قوله** ويروى عن ابي حنيفة رضي الله عنه شاذا انه يعتق فيهما اي
في قوله يا ابني ويا اخي قال في تتمة الفتاوى اذا قال لعبده يا ابني روى الحسن عن ابي حنيفة رضي الله
عنه انه يعتق **قوله** والاعتماد على الظاهر اي على ظاهر ما ذكره القدوري وهو المذكور في النوادر
والمنتقى **قوله** ولو قال يا ابن لا يعتق يعني اذا ذكر الابن بالندا على انه منادى مفرد لا يعتق لانه
ليس في لفظه ما يدل على العتق وهو صادق فيما ذكر لانه ابن والده وانما ذكره بسبيل التفريع وكذا
اذا نادى بتصغير الابن والبنت بدون الاضافة الى يا المتكلم وقال يا بني او يا بنية لا يعتق لما قلنا **قوله**
وان قال لغلام لا يولد مثله لمثله هذا ابني عتق عند ابي حنيفة وقالا لا يعتق وهذه من مسائل
القدوري اعلم انه اذا قال لعبده الاكبر سنا منه هذا ابني او قال هذا والدي عتق عليه عند ابي
حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد لا يعتق وبه قال الشافعي لهم ان صريح كلامه محال لان الاكبر سنا
محال ان يولد من الاصغر سنا فاذا كان محالا لا حقيقته لا يثبت مجازه وهو الحرية لان المجاز خلف
عن الحقيقة فاذا لم يتصور الاصل لم يتصور الخلف فصار كقوله اعتقتك قبل ان تخلق او
قبل ان اخلق ولهذا لو قال قطعت يد فلان فخرج يداه صحيحة لا يجعل اقرارا بالمال مجازا لعدم تصور
الاصل بخلاف ما اذا قال لمعروف النسب وهو اصغر سنا منه هذا ابني حيث يثبت الحرية مجازا
لتصور الاصل لان مثله يجوز ان يولد منه لكن لم يثبت حكم الاصل لمانع وهو انه ثابت النسب
من الغير قال في شرح فرق ابو يوسف ومحمد بين المعروف النسب وبين ان لا يولد مثله لمثله بان
المعروف النسب يجوز ان يكون ابنه من الزنا ومن ملك ابنه من الزنا عتق عليه ولابي حنيفة رضي
الله عنه ان كلامه لما كان محالا لا حقيقته حمل على المجاز لوجود طريق المجاز وهو اطلاق اسم
المسبب وارادة السبب ولهذا لو ملك ابنه يعتق عليه اجماعا فعلم ان البنوة في المملوك ملازمة
للحرية لانه لا يوجد البنوة في المملوك الا ويوجد الحرية معها فذكر الملزوم وارادة اللازم
او ذكر السبب وارادة المسبب طريق من طرق المجاز فيحمل كلامه على المجاز تحرزا عن الالغا ولهذا ينعقد
النكاح بلفظ الهبة عندنا وان لم يتصور حقيقة الهبة في الحرة لان الهبة سبب لملك الرقبة وملك
الرقبة سبب لملك المتعة وهذا لان المجاز شرطه ان يكون خلفا عن الحقيقة في التكلم لا في الحكم
فاذا كان الخليفة في التكلم قلنا ان قوله هذا ابني صحيح من حيث التكلم لكونه مبتدا وخبرا وان
لم يثبت حكمه وهو البنوة فيصح مجازه ايضا وهو الحرية لثبوت شرط المجاز وهو الخلفية في التكلم
ولهذا اذا قال لمعروف النسب وهو اصغر سنا منه يثبت الحرية مجازا وان لم يثبت النسب بخلاف
ما اذا قال اعتقتك قبل ان تخلق او قبل ان اخلق لانه لا يتصور ان يكون الاعتاق قبل الاخلاق
اصلا فلم يوجد السبب فلغا كلامه وبخلاف ما اذا قال قطعت يدك وهي صحيحة حيث لا يثبت
المال مجازا وان كان القطع سببا لوجوب المال لان القطع سبب لوجوب مال هو ارش وهو له
مخالف لوجوب مطلق المال لان الارش عن اليد الواحدة نصف الدية يجب في سنتين على العاقلة
وليس كذلك مطلق المال فما هو مسبب القطع وهو الارش لا يمكن اثباته لوجود صحة اليد وما
هو ممكن الاثبات وهو مطلق المال ليس بمسبب لقطع اليد فلم يمكن اثبات المال مجازا فلغا كلامه
ولانه لما اخرجها صحيحتين كان بمنزلة جرح لحقه برء على وجه لم يبق له اثر فلا يتعلق به
حكم بعد ذلك لانه لو ثبتت حقيقة الجرح فيما لا يتعلق به الحكم فبقي المجاز اولى ثم لابي حنيفة
رضي الله عنه في قوله هذا ابني طريقان احدهما انه بمنزلة التحرير ابتدا مجازا بطريق اطلاق
السبب على المسبب فعلى هذا لا تكون الام ام ولد له اذا كانت في ملكه لانه ليس لتحرير الغلام

ابتدا اثرا في اثبات امومية الولد والطريق الاخر انه اقرار بالحرية مجازا كانه قال
عتق علي من حين ملكته فان البنوة في المملوك سبب للعتق وهو الاصح ولهذا قال في كتاب
الاكراه على ان يقول هذا ابني لا يعتق عليه والاكراه يمنع صحة الاقرار بالعتق لا صحة التحرير فرفع
ابتدا فعلى هذا تصير الجارية ام ولد له **قوله** لهم انه كلام محال اي لابي يوسف ومحمد والشافعي
ان قوله هذا ابني كلام محال لان الكبير السن لا يولد من الصغير السن وهذا ظاهر **قوله**
وهذا لان البنوة اشار الى قوله اخبار عن حريته **قوله** صلة للقرابة يعني ان البنوة موجبة
للصلة والعتق صلة فيكون البنوة موجبة للعتق **قوله** بخلاف ما استشهد به على صيغه ما
لم يسم فاعله لعدم ذكر الفاعل **قوله** وجب على العاقلة في سنتين بلفظ التثنية وهو
الصحيح لا عبرة لان الكلام وقع فيما اذا اقر بقطع اليد الواحدة وارش اليد الواحدة نصف
الدية ثم الارش اذا زاد على ثلث الدية يكون في سنتين على العاقلة الثلث في السنة الاولى
والباقي في السنة الاخرى وما زاد على الثلثين فالثلثان في سنتين وما زاد في السنة الثالثة
وفي بعض النسخ في سنين بلفظ الجمع وليس بشيء **قوله** ولا يمكن اثباته بدون القطع اي اثبات
الارش **قوله** وما امكن اثباته الضمير راجع الى ما يعني الذي وهو عبارة عن مطلق المال
وقد مر بيانه **قوله** اما الحرية فلا تختلف ذاتا وحكما ذكر هذا لبيان الفرق عما يورد عن
طرف ابي يوسف ومحمد رحمهما الله بان يقال اذا اقر بقطع اليد لا يثبت المال مجازا لان مطلق
المال يخالف مالا مخصوصا وهو الارش فكذا الحرية الثابتة بالبنوة تخالف الحرية الثابتة
لا بالبنوة في كونها صلة للقريب وواجبة على القريب فلا يمكن اثبات الحرية مجازا للبنوة كما
لم يثبت وجوب المال مجازا للقطع اليد فاجاب عنه وقال نعم ان المال المخصوص يخالف لمطلق
المال اما الحرية فليست بمخالفة لا في ذاتها ولا في حكمها وهذا لان الحرية عبارة عن زوال
الرق وهو شيء واحد لا يختلف بالاضافة الى البنوة وغيرها وحكمها خلوص المحل للمالكية ودفع
ملك الغير الا انها قد توصف بكونها صلة للرحم وواجبة على القريب وذلك لا يوجب تنوعها
كالحرية الواقعة في العاقل البالغ حيث يقع بها لئلا يترتب عليها اهلية الشهادة والولاية
والامارة بخلاف الحرية الواقعة في الطفل والمجنون فانها لا توجب هذه الاهلية ومع
هذا لا يقال انها تتنوع فكذا هنا فلما لم يكن الحرية مختلفة جاز ان تثبت مجازا بقوله
هذا ابني **قوله** ولو قال هذا ابي وامي ومثله لا يولد لمثلهما فهو على الخلاف وهذا
جواب سؤال مقدر بان يقال لو قال لعبد اكبر سنا لغلامه الاصغر سنا منه او قال لامته
التي هي اصغر سنا منه هذا ابي او هذه امي لا يثبت العتق مجازا لعدم تصور الحقيقة فينبغي
ان لا يثبت العتق ايضا اذا قال هذا ابني لمن هو اكبر منه فاجاب عنه بقوله فهو على الخلاف
يعني ان عند ابي حنيفة يثبت العتق فيهما ايضا لوجود شرط المجاز وهو الخلفية من حيث
التكلم ولا يرد علينا قول الكبير لصغير هذا جدي لانه على هذا الخلاف ايضا فعند ابي
حنيفة يعتق وهو الاصح لانه وصفه بصفة من يعتق عليه اذا ملكه وقيل لا يعتق
اجماعا ووجهه ان الجد انما يجعل مجازا للحرية في الملك بواسطة الاب والواسطة منتفية
فلم يمكن جعله مجازا وليس كذلك الابوة والبنوة لانهما يجعلان مجازا للحرية بلا واسطة له
فظهر الفرق **قوله** ولو قال هذا اخي لا يعتق في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة يعتق
وهو رواية الحسن عنه وجه غير الظاهر ان الاخوة في المملوك سبب للحرية كالبنوة فيعتق

فاحو

اذا قال هذا اخي كما اذا قال هذا ابني ووجه الظاهر ان الاخوة لا موجب لها في الملك الا بواسطة الاب او
الام كالجد فلا يعتق اذا قال هذا اخي كما اذا قال لعبده الاصغر سنه هذا جدي وهذا هو المراد بقوله
وجه الروايتين ما بيناه ولان الاخوة متنوعة تكون من حيث الرضاع والنسب والدين قال تعالى انما
المومنون اخوة فلا يتعين النسب بلا تنصيص حتى اذا قال هذا اخي من النسب يعتق على الظاهر ايضا
قوله ولو قال لعبده هذا ابني لغلام لا يولد مثله لمثله بان يقال اذا قال لعبده هذا ابني او قال لجاريته
هذه ابني لا يعتق مجاز العدم تصور الحقيقة فكذا اذا قال لعبده الاكبر سنا منه هذا ابني لهذا المعنى فيجاب
عنه بطريقين المنع والتسليم اما المنع فنقول لا نسلم انه لا يعتق عند ابي حنيفة بل يعتق عنده فلا يرد
علينا واما التسليم فنقول سلمنا انه لا يعتق عند ابي حنيفة لكن الاشارة والتسمية اذا اجتمعتا فعند اتحاد
الجنس يعتبر الاشارة ويتعلق الحكم بالمشار اليه وعند اختلاف الجنس يعتبر التسمية ويتعلق الحكم
بالمسمى كبيع الفص على انه ياقوت فاذا هو زجاج لا ينعقد العقد اصلا واذا باع على انه ياقوت احمر
فاذا هو اخضر ينعقد العقد ويخير فيه ثم فيما نحن فيه الذكر والانثى جنسان مختلفان لاختلاف الاغراض
فتعلق العقد بالمسمى وهو معدوم فلا يثبت العتق كما اذا قال بعت هذا العبد فاذا هو جارية لا ينعقد
العقد قوله وقد حققناه في النكاح اي حققنا هذا الاصل في باب المهر عند قوله فان تزوج امراة
على هذا الدن من الخل فاذا هو خمر فلها مهر مثلها عند ابي حنيفة وبنظيره قوله ولو قال لامته انت
طالق او باين او تخمري فنوى به العتق لم يعتق وهذه من مسايل الجامع الصغير والقدوري اما لفظ الجامع
الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل يقول لامته انت طالق او باين فنوى به
العتق قال باطل واما لفظ القدوري واذا قال لامته انت طالق ينوي به الحرية لم يعتق اعلم ان صريح
الطلاق وكناياته لا يقع به العتق عندنا وقال الشافعي يقع به العتق اذا نوى كذا ذكر علاء الدين
العالم في طريقة الخلاف وجه قول الشافعي انه لو قال لامراته انت حرة ونوى به الطلاق يقع
بالاتفاق فكذا اذا قال لامته انت طالق او باين او حرام ونوى به الحرية يقع العتاق والجامع ان كلا
منهما لازالة الملك فالعتاق لازالة ملك الرقبة والطلاق لازالة ملك النكاح فجاز استعمال احدهما
للاخر مجازا والدليل على ان العتاق ازالة واسقاط صحة التعليق فلو كان اثباتا لم يصح تعليقه ولنا انه
نوى ما لا يحتمله لفظه فلا يصح لان الطلاق لرفع القيد عن المحل ولا قيد في الامة فلا يصح استعمال
الطلاق للعتاق وهذا لان القيد هو المانع من الفعل مع القدرة عليه والرق عبارة عن ضعف وعجز
حكمي والعجز منافي للقدرة فلا يستعار اللفظ لما فيه تخصيصه ان الطلاق يدل على الاطلاق والاطلاق
يقتضي سابقة القيد لان القيد هو المانع من استعمال الالة والقدرة مع وجودهما والاطلاق هو
التمكين منها وهذا لان عدم الالة والقدرة لا يسمى قيدا واثبات الالة والقدرة ابتدا لا يسمى اطلاقا
فبالاعتاق يحصل للعبد القوة والقدرة ابتدا فلا يصح استعمال الطلاق الذي يدل على الاطلاق للعتاق
لعدم القيد في الامة ولان ملك اليمين اقوى من ملك النكاح واللفظ المزيل للادنى لا يجوز ان يكون مزيلا
للاعلى مجازا لانه يصير عاملا في محل مجازه ما لا يعمل في محل حقيقته فانتفت المشابهة بين المجاز
والحقيقة فتعذر المجاز لعدم المشابهة فان قلت السببية طريق
المجاز فيستعار لفظ الطلاق للعتاق من هذا الوجه قلت لا نسلم وجود
السببية اصلا لان العتاق ليس بسبب للطلاق وكذا الطلاق ليس بسبب للعتاق الا ترى انه اذا اعتق
امته المنكوحة للغير يزول الرق ولا يقع الطلاق واذا طلق امراته المملوكة للغير يقع الطلاق ولا
يزول الرق فاذا انتفت السببية لم يصح اطلاق لفظ الطلاق للعتاق مجازا فان قلت

قوله

قولكم يصير عاملا في محل مجازه ما لا يعمل في محل حقيقته انما يستقيم اذا كان العامل لفظ المستعار
ونحن لا نسلم ذلك بل العامل لفظ المستعار له وهو التحرير قلت
ان المجاز اللفظ المستعمل مكان لفظ اخر لمناسبة بينهما ماخوذ من جازه اذا تعداه فاذا كان المستعار
له هو العامل لا يوجد معنى التعدي من محل الحقيقة لان اللفظ حينيذ يكون عاملا في محل حقيقته
فلا يكون المجاز مجازا وهذا فاسد ولان العامل هو المذكور وهو المستعار لا المستعار له قوله
على هذا الخلاف ساير الفاظ الصريح والكناية وذلك مثل قوله لامته انت مطلقة وطلقتك وتخمري
وتقنعي واعزبي وخلية وبرية وحرام وما اشبه ذلك قوله لان بين الملكين موافقة اي
بين ملك النكاح وملك اليمين قوله وكذا ملك النكاح في حكم ملك العين ولهذا يشترط التابيد
فيه ولو لم يكن في حكم ملك العين لا يشترط فيه التابيد كما في الاجارة قوله وعمل اللفظين
في اسقاط ما هو حقه وهو الملك والضمير اعني قوله هو راجع في الموضعين الى ما واراد باللفظين
الطلاق والعتاق قوله ولهذا يصح التعليق فيه بالشرط اي في العتاق وهو ايضاح له
لكون العتاق اسقاطا قوله اما الاحكام فتثبت بسبب سابق وهو كونه مكلفا الضمير في هو
راجع الى السبب السابق وفي كونه راجع الى العبد لان الشهوة قايمة مقام الذكر واراد بالاحكام له
الاهلية والولاية والشهادة وانما ذكرها جوابا عما يقال للشافعي بان يقال يثبت بالاعتاق هذه الاحكام
والطلاق اسقاط فلا مناسبة بين الاسقاط والاثبات فلا يستعار الطلاق للعتاق لعدم المناسبة له
فاجاب وقال كل واحد منهما اسقاط فوجدت المناسبة وثبوت الاحكام بالادمية لكن الرق كان مانعا
فبالاعتاق زوال المانع وجوابه لو كان ثبوت الاحكام بالادمية وكونه مكلفا لكان القدرة
موجودة للعبد واللازم منتف لان الرق مناف للقدرة اصلا وصحة التعليق لا ترد لان الاعتاق
اسقاط على وجه يترتب عليه ثبوت هذه الاحكام فباعتبار الاسقاط صح التعليق قوله ولهذا
يصلح لفظة العتق والتحرير كناية عن الطلاق يعني اذا قال لامراته انت حرة ونوى به الطلاق صح
مجازا وهو ايضاح لقوله نوى ما يحتمله لفظه لان بين الملكين موافقة قوله فكذا عكسه اي
يصلح لفظ الطلاق كناية عن لفظ العتق قوله لان الاعتاق لغة اثبات القوة ماخوذ من عتق
الفرخ اذا قوي وطار عن وكره ولا مناسبة بين رفع المانع وبين احداث القوة فلا يصح المجاز وهذا
لان المنكوحة مالكة امر نفسها لكن ملك البضع للزوج عليها صار مانعا فبالطلاق ارتفع المانع والمملوك
عاجز ليست عنده بقية بالتصرف اصلا فبالعتاق تثبت له القوة وحدثت له القدرة فان قلت
هذا يستقيم على مذهبهما لان الاعتاق اثبات العتق عندهما ولا يستقيم على مذهب ابي حنيفة لان
الاعتاق عنده ازالة ملك متجز مفض زوال كله الى العتق قلت
يستقيم على مذهبه ايضا لانه ازالة على وجه يترتب عليه اثبات القوة بخلاف الطلاق فانه اسقاط له
محض ليس فيه اثبات القوة والقدرة اصلا بل بالطلاق زال المانع من استعمال القدرة بحسب
ولهذا كانت المنكوحة تملك التصرف في الحال بالاستبداد وتملك الاعتاق قوله وهذا لان
العبد الحق بالجمادات وبالاعتاق يحيى فيقدر اشارة الى قوله اثبات القوة والجماد عبارة عما لا
روح له قوله ولا خفاء ان الاول اقوى اراد بالاول الاعتاق قوله امتنع في المتنازع فيه
اي امتنع المجاز في قوله انت طالق لامته ونوى به العتق قوله واتساع في عكسه اي جاز في قوله
انت حرة لمنكوحته ونوى به الطلاق قوله واذا قال لعبده انت مثل الحر لم يعتق وهذه من
مسايل القدوري قال في التحفة ذكر في كتاب الطلاق اذا قال لامراته انت مثل امراة فلان وفلان قد

آلى من امرأته ونوى الإيلاء يصدق ويصير موليا وجه ما في الكتاب أعني مختصر القدوري أن المثل
للتشبيه والتشبيه بين الشيئين لا يقتضي اشتراكهما من جميع الوجوه فلذلك لم يعتق لا في القضاء ولا فيما
بينه وبين الله تعالى ويجيء المثل في اللغة النظير كذا في الجمهرة **قوله** ولو قال ما أنت إلا حر عتق
وهذا لفظ القدوري أيضا وقوله حر بالرفع لا غير على مذهبي الحجاز وتميم جميعا لأن النفي انتقض بإلا
فبطل عمل ما فارتفع الخلاف وإنما عتق لأنه أثبت الحرية بآكد الوجوه لأن الإثبات بعد النفي آكد وأبلغ
من الإثبات المجرد لدلالة كلمة الشهادة **قوله** ولو قال رأسك رأس حر لا يعتق وهذه من مسائل نوادر
ابن سماعة كذا في الأجناس ذكرها تفريعا لما قبله قال فيها إذا قال الرجل لعبده رأسك رأس حر عتق إذا نواه
بيان ذلك أن قوله رأسك رأس حر بالإضافة تشبيه الرأس بالرأس بحذف كلمة التشبيه وهو من أقوى مراتب
التشبيه كما في قولك زيد أسد وقد عرف في موضعه والتشبيه لا يقتضي المشاركة في جميع الأوصاف بخلاف
ما إذا نون الرأس فإنه يعتق لأنه وصفها بالحرية ومن وصف عبده بالحرية أو وصف ما يعبر به عن جميع البدن بالحرية
عتق عليه قال في كتاب عتاق الأصل إذا قال رأسك حر أو بدنك حر أو جسدك حر أو نفسك أو وجهك أو
روحك أو كانت أمة فقال فرجك حر عتق في جميع ذلك ونقل صاحب الأجناس عن الهاروني إذا قال
رقبتك حر أو بعضك حر عتق ولا يدين في هذا كله إن قال لم أرد به العتق وفي نوادر المعلى لو قال
جزء منك حر أو شيء منك يعتق منه ما شاء المولى في قول أبي حنيفة وفي عتاق الأصل لو قال يدك حر أو رجلك
حر أو إصبع من أصابعك حر أو سن من أسنانك أو دمك أو قرنك أو بلغمك هذا كله باطل وفي الهاروني أنفك
حر أو صدرك حر أو بطنك حر أو ظهرك أو جنبك أو فخذك أو لسانك أو شعرك أو نفسك حر لا
يعتق في شيء من هذه الوجوه نوى أو لم ينو قال الناطفي هذا كله على قياس قول أبي حنيفة وأبي
يوسف وزفر وفي كتاب العتاق إملاء لو قال كبدك حر أو سحدتك لا يعتق وفي نوادر هشام قال أبو يوسف
لو خاط مملوكه ثوبا فقال هذه خياطة حر لا يعتق وفي الهاروني لو رآها تمشي فقال مولاها هذه مشية
حر أو رآها تتكلم فقال هذا كلام حرة لم تعتق إلا أن يقول أردت العتق وهذا قول أبي يوسف وقال
الحسن بن زياد من قول نفسه يعتق في القضاء ويدين فيما بينه وبين الله تعالى وفي نوادر ابن سماعة عن
محمد لو قال حسبك حر وأصلك حر وعلم أنه من سبي لا يعتق لأن أصله حر فهو صادق فيه فلا
يعتق وكذلك لو قال أبواك حران وفي نوادر المعلى قال أبو يوسف لو قال لأمته فرجك حر من الجماع
فهي حرة في القضاء ويسعه فيما بينه وبين الله تعالى ولا تعتق وفي نوادر ابن سماعة عن محمد لو قال
استك حر كان حرا وكذلك لو قال ذكرك حر كان حرا وفي كتاب أصل الفقه لمحمد بن الحسن لو قال لعبده
فرجك حر لا يعتق وفي الجارية تعتق وإنما ذكرنا هذه المسائل تذكرة لمن يرغب في المزيد
فصل لما فرغ عن بيان الإعتاق الاختياري شرع في بيان الإعتاق
الذي يحصل من غير اختيار كما في شراء القريب وخروج عبد الحربي إلينا مسلما وولد أم الولد من
مولاها **قوله** ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه وهذه من مسائل القدوري قال عامة
العلماء إن من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه صغيرا كان المالك أو كبيرا صحيح العقل أو مجنونا وقال
مالك وأصحاب الظواهر لا يعتقوا إلا بإعتاق المالك وقال الشافعي لا يعتق بالملك إلا من له
ولاد وأجمعوا أنه لا يعتق من كان له رحم غير محرم وأهل الذمة والإسلام سواء كذا ذكره
صاحب التحفة ولكن هذا النقل خلاف ما وقع في المدونة لمالك حيث قال فيها قال مالك ولا
يعتق على الرجل من أقاربه إذا ملكه إلا الولد ذكورهم وإناثهم وولد الولد وإن سفلوا
وأبواه وأجداده وجداته من قبل الأب والأم وإن بعدوا وإخوته دنيا لأب وأم أو لأب أو لأم

وهم أهل الفرائض في كتاب الله تعالى ولا يعتق غير هؤلاء من ذوي الأرحام وجه قول مالك
وأصحاب الظواهر ما حدث الطحاوي بإسناده إلى أبي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول
الله صلى الله عليه وسلم لا يجزي ولد والده إلا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه
وللشافعي أنه ملك معصوم فلا يجوز أن يزول بلا إزالة المالك ولهذا إذا اشترى المكاتب
أخاه لا يتكاتب عليه وهذا قياس ضعيف لأن الملك المعصوم موجود في قرابة الولاد أيضا
ومع هذا يثبت العتق بمجرد الملك ولنا ما روى صاحب السنن بإسناده إلى قتادة عن الحسن عن
سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من ملك ذا رحم محرم فهو حر ورواه الشيخ أبو جعفر الطحاوي
أيضا في شرح الآثار بإسناده إلى قتادة عن الحسن عن سمرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
وحدث الطحاوي أيضا بإسناده إلى إبراهيم عن الأسود عن عمر رضي الله عنه قال من ملك ذا رحم محرم
فهو حر وروى الطحاوي أيضا بإسناده إلى سفيان الثوري عن سلمة بن كهيل عن المستورد أن رجلا زوج
ابن أخيه مملوكته فولدت أولادا فأراد أن يسترق أولادها فأتى ابن أخيه عبد الله بن مسعود فقال
إن عمي زوجني وليدته وإنها ولدت لي أولادا فأراد أن يسترق ولدي فقال عبد الله بن مسعود
كذب ليس له ذلك وروى أصحابنا أيضا في المبسوط وغيره عن ابن عباس قال جاء رجل إلى النبي صلى الله
عليه وسلم فقال يا رسول الله إني دخلت السوق فوجدت أخي يباع فاشتريته وإني أريد
أن أعتقه قال عليه السلام فإن الله قد أعتقه وجه الاستدلال بالحديث أن قوله عليه السلام
من ملك ذا رحم فهو حر عام فيتناول كل ذي رحم محرم وتفسيره كل من لا يجوز نكاحه على التأبيد
لأجل النسب سواء كانت القرابة قريبة كقرابة الولاد أو متوسطة كالأخ والأخت والعم والعمة
والخال والخالة بخلاف ما إذا كانت بعيدة كبني الأعمام فإن الحديث لا يتناولها لعدم المحرمية
ولأنها قرابة صينت عن أدنى الذلين وهو ذل الاستفراش فلأن تصان عن أعلاهما وهو ذل
الاستخدام أولى لأن ذل الاستخدام أبلغ كالتأفيف للوالدين لما حرم دفعا للضرر حرم
الشتم والضرب والقتل بالطريق الأولى ولأن هذه قرابة موجبة لصلة الرحم فتفيد
العتق عند الملك قياسا على قرابة الولاد **فإن قلت**
لا نسلم أن صلة الرحم واجبة ولئن سلمنا لكن لا نسلم أنها تفيد العتق عند الملك **قلت**
إنها واجبة لقوله تعالى ويقطعون ما أمر الله به أن يوصل قال أهل التفسير المراد
منه صلة الرحم ولقوله تعالى واتقوا الله الذي تساءلون به والأرحام بالنصب أي واتقوا
الأرحام أي قطع الأرحام ولقوله عليه السلام لا يدخل الجنة قاطع رواه جبير في الصحيح
البخاري ولقوله عليه السلام الرحم شجنة فمن وصلها وصلته ومن قطعها قطعته فلما كانت
الصلة واجبة بالنصوص كان العتق واجبا لأنه طريق الصلة فإذا ملك يعتق عليه تحقيقا
للصلة الواجبة وبيان الشجنة في باب النفقة **فإن قلت** الصلة
والرحم عبارتان مجملتان فلا يجوز الاحتجاج بهما لجهالة الغرض وذلك لأن الصلة يعني الوصل
ضد القطع والقطع إبانة الشيء عن الشيء حقيقة والوصل إيصال الشيء بالشيء وتفسيرهما حقيقة
كما في الأجسام وذلك ليس بمراد هنا فكان المراد شيئا آخر وهو مجهول وكذا الرحم اسم لموضع
الخلاف الولد والمراد هنا غير ذلك فكان مجملا مجهولا **قلت**
لا نسلم الإجمال لأن الرحم عبارة عن القرابة في العرف ولهذا إذا قيل هذا ذو رحم منه
يراد به قريبه ولهذا لا يصح أن يقال هذا ذو رحم منه وليس بقريب أو هذا قريبه وليس

بذي رحم منه فعلم بذلك ان ذا الرحم هو القريب لانه اذا ثبت احد اللفظين ثبت الاخر واذا انتفى انتفى الاخر
والصلة اذا اضيفت الى الرحم يراد بها المعنى الذي يوجب التقارب والتوادد بين القريبين وبالقطيعة
يراد بها المعنى الذي يوجب التباعد بينهما كما اذا احسن الى قريبه يقال وصل رحمه واذا اساء اليه
يقال قطع رحمه وهو المعروف في لسان اهل الشرع فلم يبق الاجمال فان قيل
سلمنا ان الصلة واجبة لكن لا نسلم انها بالاعتاق فلم لا يجوز انها بالنفقة قلنا
في قرابة الولاد وجبت الصلة بطريق الاعتاق فكذا في قرابة الاخوة لعموم النص وهو كونه ذا رحم
محرم منه ولا ينافي وجوب الصلة بالنفقة وجوب الصلة بطريق الاعتاق فان قيل
يجري القصاص بينهما ويقبل شهادة احدهما للاخر فلا ينبغي ان يعتق بالملك كما في ابن العم قلنا
القصاص يجري على الابن ايضا اذا قتل اباه ومع هذا يعتق بالملك وعلة منع الشهادة هي التهمة وهي
موجودة في الابن دون الاخ وعلة العتق صلة الرحم وهي موجودة فيهما جميعا والجواب
عن احتجاج مالك فنقول نحمل قوله عليه السلام فيشتريه فيعتقه ما قاله ونحمل فيشتريه
فيعتقه بشرائه ونحمل على الثاني توفيقا بين الحديثين ولا نسلم ان المكاتب اذا اشترى اخاه لا يتكاتب
عليه بل يتكاتب على مذهب ابي يوسف ومحمد وهي رواية عن ابي حنيفة ولئن سلمنا انه لا يتكاتب عليه
على ما هو ظاهر الرواية عن ابي حنيفة فنقول المكاتب لا يملك حقيقة لانه عبد ما بقي عليه درهم
لكنه الحق بالملاك فيما هو المقصود من الكتابة وحرية الاخ ليست بمقصودة بخلاف حرية الولد
والوالدين لانها مقصودة لانهم في معنى نفسه لثبوت الجزئية فان قيل
في هنا سؤال وهو ان يقال لم لا يجوز ان يرجع الضمير من قوله عليه السلام فهو حر الى من ملك
لا الى ذي رحم كما في قوله عليه السلام من دخل دار ابي سفيان فهو امن قلنا
لا يلزم ذلك الا ترى الى قوله تعالى فمن تصدق به فهو كفارة له الضمير راجع الى المتصدق ولا
الى من قلنا لم يلزم ذلك حمل الضمير الى ذي رحم لانه اذا حمل الى من ملك لا يبقى للكلام فائدة لان
حرية من ملك ثابتة قبل ان يملك ذا رحم فيلغو كلامه حينئذ فحمل الى ذي رحم تحقيقا للفائدة
الجديدة قوله قرابة مؤثرة اي مؤكدة قوله ولادا او غيره منصوب على البدل من
قوله والاخوة وما يضاهيها هنا نازلة عن قرابة الولاد اي قرابة الاخوة وما يشابهها من قرابة العمومة
والخؤولة ادنى درجة من قرابة الولاد قوله فامتنع الالحاق والاستدلال اي الحاق قرابة
الاخوة بقرابة الولاد بالقياس والدلالة امتنع لعدم المساواة وجوابه لا نسلم عدم المساواة
بل المساواة موجودة لان كلا منهما قرابة تتأيد بالمحرمية ولئن سلمنا عدم المساواة لكن
لا نسلم شرط المساواة في الدلالة ولهذا لم يشترط المساواة بين التأفيف والقتل قوله
ولم يمتنع فيه اي لم يمتنع التكاتب في الولاد يعني اذا ملك المكاتب اباه او ابنه يتكاتب بخلاف الاخ
فانه لا يتكاتب قوله وهذا هو المؤثر في الاصل اي ملك القريب هو المؤثر في ايجاب
العتق في الاصل يعني في قرابة الولاد قوله لانها هي التي يفترض وصلها اي لان القرابة
المؤثرة في المحرمية قوله حتى وجبت النفقة لا يقال هذا مذهبكم لانه لا نفقة في غير الولاد
على مذهب الشافعي فكيف استدل بوجوب النفقة لانا نقول وجوب النفقة ثبت بقوله تعالى
وعلى الوارث مثل ذلك فصار كانه ثبت اجماعا فلم يلتفت الى انكار الخصم قوله ولا فرق بينما
اذا كان المالك مسلما او كافرا في دار الاسلام وكذا لا فرق اذا كان المملوك مسلما او كافرا لعموم
العلة وهي صلة الرحم وانما قيد بقوله في دار الاسلام لان الحربي اذا ملك قريبه في دار الحرب لا يعتق

عليه

عليه وبه صرح في الفتاوى الولوالجي لانه بالاعتاق لا يعتق فكذا بالملك ولهذا نص الحاكم في الكافي
ان عتق الحربي في دار الحرب باطل وكذا تدبيره ولم يذكر الخلاف وقال في المختلف الحربي اذا
اعتق عبده الحربي في دار الحرب وخلاه عتق عند ابي يوسف وولاؤه له وقالا لا ولاء له لانه
عتق بالتخلية لا بالاعتاق كالمراغم ثم قال المسلم اذا دخل دار الحرب فاشترى عبدا حربيا
فاعتقه ثم القياس ان لا يعتق بدون التخلية لانه في دار الحرب ولا يجري عليه احكام الاسلام
وفي الاستحسان يعتق من غير تخلية لانه لم ينقطع عنه احكام المسلمين ولا ولاء له عندهما
وهو القياس وقال ابو يوسف له الولاء وهو الاستحسان وذكر قول محمد مع ابي يوسف في
كتاب السير قوله ومن يجري مجراه اي مجرى الاخ كالعم والخال قوله والافتراض عند
القدرة اي افتراض وصل القرابة والقدرة عبارة عن صفة يتمكن بها الحي من الفعل والترك
قوله فيه اي في الولاد قوله وهذا بخلاف ما اذا ملك ابنة عمه وهي اخته من الرضاع
يعني لا تعتق هي عليه لان المحرمية من الرضاع ليست بمرادة من الحديث بالاجماع لانه لا قائل
بعتقها اصلا قوله والصبي جعل اهلا لهذا العتق وكذا المجنون وذلك لان هذا العتق
اعني عتق القريب بالملك لا يشترط له الاختيار بل هو امر جبري ثبت بالملك شرعا فيتحقق فيهما
عليهما بالملك ولان هذا العتق لما تعلق به حق العبد اشبه النفقة وهي تجب عليهما للقريب فكذا
يعتق قريبهما المحرم بالملك قوله ومن اعتق عبدا لوجه الله تعالى او للشيطان او للصنم
عتق وهذه من مسائل القدوري وذلك لان الاعتاق حصل منجزا لوجود ركنه وهو لفظ
الاعتاق من الاهل وهو العاقل البالغ المالك في المحل وهو العبد المملوك للمعتق وذكر الله
تعالى ليس بشرط وانما ذكره على بال انه قصد القربة من الاعتاق فكان تأكيدا والتأكيد
لم يحصل الخلل في العتق لعدم ذكر وجه الله في اللفظين الاخرين وهما قوله اعتقت
للشيطان واعتقت للصنم لكنه يكون عاصيا غاية ما في الباب انه نفى القربة ونفيها لا
ينافي الحرية كما اذا اعتقه على مال واراد بوجه الله رضا الله مجازا والوجه في اللغة يجيء
على معان يقال وجه الانسان وغيره وهو معروف ووجه النهار اوله ووجه الكلام
السبيل التي تقصدها به ووجوه القوم ساداتهم وصرفت الشيء عن وجهه اي عن سننه
كذا ذكره ابن دريد والشيطان واحد شياطين الجن والانس يعني مردتهم والنون اصلية
ان كان من شطن اي بعد يعني عن الخير وزائدة ان كان من شاط يشيط اي هلك وقد عرف
في موضعه واما الصنم فقال الكلبي في كتاب الاصنام اذا كان معمولا من خشب او ذهب او
فضة صورة انسان فهو صنم واذا كان من حجارة فهو وثن قوله في اللفظ الاول اراد به
قوله لوجه الله قوله وعتق المكره والسكران واقع هذا لفظ القدوري ايضا في مختصره
وانما وقع عتقهما لان الاكراه والسكر لا ينافيان الخطاب واثر الاكراه في تفويت الرضا ولا يتوقف
العتاق على الرضا ولهذا يقع عتاق الهازل ولا يقال لا اختيار له اصلا فلا يقع عتاقه بلا
اختيار لانا لا نسلم ذلك لانه ابتلي بين شرين فاختار اهونهما عليه وجعل عقل السكران
باقيا حكما زجرا لمباشرته الحرام والخلاف الواقع بيننا وبين الشافعي في العتاق مثل الخلاف
في الطلاق وقد استقصينا بيان ذلك في الفصل الثاني من كتاب الطلاق فينظر ثمة قوله
وان اضاف العتق الى ملك او شرط صح كما في الطلاق وهذا لفظ القدوري في مختصره اعلم انه
اذا اضاف العتق الى ملك فقال ان ملكتك فانت حر او اضاف الى شرط فقال لعبده ان

دخلت الدار فانت حر صح كما صح ذلك في الطلاق بان قال ان ملكتك فانت طالق او قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق والاصل فيه ان المعلق بالشرط كالمنجز عند وجوده فيصير كانه قال لعبده بعد وجود الشرط انت حر او قال لامرأته بعد وجود الشرط انت طالق فيصح وبهذا يظهر ضعف قول الشافعي انه عتاق او طلاق قبل الملك فلا يصح وقد مر بيانه مستوفى في اول باب الايمان في الطلاق والى ذلك الموضع اشار صاحب الهداية بقوله وقد بيناه في الطلاق قوله يجري فيه التعليق اي في الاسقاط قوله بخلاف التمليكات على ما عرف في موضعه اي في اصول الفقه يعني ان التمليكات لا يجري فيها التعليق لافضائه الى معنى القمار لان في جعله متعلقا بشرط لا بد ربما يكون ام لا يكون خطرا وحينئذ والشرط في البيع ثبت نصا بخلاف القياس فلا يرد علينا نقضا قوله واذا خرج عبد الحربي الينا مسلما عتق وهذا لفظ القدوري والاصل فيه ما روى صاحب السنن باسناده الى علي بن ابي طالب قال خرج عبدان الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الحديبية قبل الصلح فكتب اليهم مواليهم قالوا يا محمد والله ما خرجوا اليك رغبة في دينك وانما خرجوا هربا من الرق فقال ناس صدقوا يا رسول الله ردهم اليهم فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال ما اراكم تنتهون يا معشر قريش حتى يبعث الله عليكم من يضرب رقابكم على هذا فابى ان يردهم وقال هم عتقاء الله عز وجل والعبدان بكسر العين وسكون الباء جمع عبد ولانه احرز نفسه بالاسلام وصار اولى الناس بنفسه فلم يجز استرقاقه ابتداء بخلاف ما اذا اسلم بعد الاسر والقسر حيث يجوز استرقاقه لان الرق حينئذ جعل من الامور الحكمية لا الجزائية فيبقى الرق كما يبقى سائر الاملاك بعد وجود اسبابها قوله في عبيد الطائف قال في ديوان الادب الطائف بلاد ثقيف قوله خرجوا اليه اي الى النبي صلى الله عليه وسلم قوله وان اعتق جارية عتق حملها وهذا لفظ القدوري في مختصره وانما عتق الحمل باعتاق الام لانه تبع لها لانه كسائر اجزائها بدليل انه لا يصح افراده بالبيع كما لا يصح افراد سائر اعضائها فلما كان كذلك عتق كسائر اجزائها قوله ولو اعتق الحمل خاصة عتق دونها اي عتق الحمل دون الجارية وهذه من مسائل القدوري وهذا لان الحمل يعتق باعتاق الام تبعا لانه محل العتق فلان يعتق بسبيل الاصالة اولى اما الام فلا تعتق باعتاق الحمل لانه حينئذ يلزم قلب الموضوع لانه يكون التبع متبوعا والمتبوع تبعا وهو فاسد هذا اذا كان عتق الام تبعا فلا يمكن عتقها مقصودا ايضا لعدم اضافة الاعتاق اليها وانما صح اعتاق الحمل مفردا ولم يصح بيعه وهبته لان القدرة على المبيع شرط وكذا التسليم في الهبة شرط وليسا بشرط في الاعتاق بدليل صحة اعتاق الآبق قوله اذ هو متصل بها اي الحمل متصل بالجارية قوله ولا اليه تبعا اي ولا وجه الى اعتاق الجارية تبعا قال بعضهم الضمير يرجع الى الحمل وليس بشيء قوله لان التسليم نفسه بنصب السين على التاكيد قوله فافترقا اي افترق جواز اعتاق الحمل وعدم جواز بيعه وهبته قوله في شيء من ذلك اي من التسليم والقدرة قوله ولو اعتق الحمل على مال صح ولا يجب المال وذلك لانه اذا وجب المال لا يخلو اما ان وجب على الحمل او على الام فلا يجوز الاول لان الحمل ليس من اهل القبول والالتزام فلم يجز الزامه لعدم الامكان بخلاف خلع الصغيرة حيث يتوقف على قبولها ان كانت من اهل القبول لامكان ذلك ولا يجوز الثاني ايضا لان اشتراط بدل العتق على غير المعتق لا يصح ولهذا قالوا في شرح الجامع الصغير اذا قال الاجنبي للمولى اعتق عبدك على الف علي حيث لا يجب على الضامن شيء لانه يسلم للعبد ملك نفسه ولا يسلم للاجنبي شيء وغرامة البدل في المبادلة لا تجوز على غير من سلم له المبدل الا بالكفالة ولا يمكن تصحيحه بطريق الكفالة لانه لا يجب المال على العبد فكيف يجب على الكفيل بخلاف اشتراط بدل الخلع على الاجنبي حيث يصح لان

البضع ليس بمتقوم حال الخروج فيكون اسقاطا فلا يسلم شيء للمرأة كما لم يسلم للاجنبي ولان بدل الخلع بمنزلة الهبة والتبرع ولهذا اذا اختلعت المريضة يعتبر من ثلث مالها كسائر الوصايا فجاز تبرع الاجنبي ببدل الخلع قال في الشامل في قسم المبسوط قال لامته اعتقت ما في بطنك على الف عليك فقبلت فجاءت بولد لاقل من ستة اشهر يعتق بلا شيء لانه لا يجوز له ان يجب له على امته في لاجل عبدها قوله واشتراط بدل العتق على غير المعتق لا يجوز على ما مر في الخلع وهذه حوالة ليست براجحة لعدم ذكر ذلك في خلع هذا الكتاب نعم انه مذكور في شروح الجامع الصغير وقد بينا ذلك ويجوز ان يكون ذلك اشارة الى ما ذكره في خلع كفاية المنتهى لانه قبل هذا الكتاب قوله وانما يعرف قيام الحبل وقت العتق اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر منه اي من وقت العتق وهذا يتصل بقوله واعتق جارية عتق حملها ولو اعتق الحمل خاصة عتق دونها يعني انما يعتق الحمل اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر وقت الاعتاق وان جاءت به لستة اشهر فلا نص عليه الحاكم الشهيد في الكافي قال ان قال ما في بطنك حر فولدت بعد ذلك لستة اشهر لم يعتق وان ولدته لاقل من ستة اشهر عتق وذلك لان من الجائز ان يحدث العلوق بعد اليمين في الصورة الاولى فوقع الشك في العتق بخلاف الثانية لانا تيقنا بالحمل وقت اليمين قال في التحفة فان كانت الامة في عدة من زوج عتق الولد اذا ولدته ما بينها وبين سنتين منذ وجبت العدة وان كان لاكثر من ستة اشهر منذ قال المولى لانه يحكم بثبوت نسب هذا الولد من الزوج فلا بد ان يحكم بوجوده قبل الطلاق والعتاق فيتناوله وقال في الشامل في قسم المبسوط قال ما في بطنك حر ثم ضرب بطنها فالقت جنينا ميتا ان ضربها بعد العتق لاقل من ستة اشهر يجب دية الجنين الحر لابيه ان كان له اب حر لانه حر وان لم يكن يكون لعصبة المولى لان المولى قاتل فلا يستحق الارث وان ضرب لستة اشهر لا شيء عليه لانه عبد وقال الحاكم في الكافي وان ولدت واحدا لاقل من ستة اشهر بيوم وواحدا لاكثر منها عتقا قوله قال وولد الامة من مولاها حر قال الشيخ ابو الحسين القدوري رحمه الله وولد الامة من مولاها حر وولدها من زوجها مملوك لسيدها وذلك لان الولد مخلوق من ماء المولى فيعتق عليه لقوله عليه السلام من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر ولان ابراهيم ولد رسول الله صلى الله عليه وسلم من مارية كان حرا بالاجماع ولا يعارض ماء الجارية لانها ولدها لمولاها بخلاف ما اذا ولدت الجارية من زوجها حيث يكون الولد مملوكا لسيدها تبعا للام ولا يكون حرا تبعا للزوج اذا كان حرا لوجود المرجح لان الولد مخلوق من مائها بيقين لانه منها حقيقة وحكما بخلاف الزوج فان ولد الزنا ينسب اليه حكما للفراش لا حقيقة ويحتمل ان يكون الولد من الزنا حقيقة وينسب اليه حكما فاعتبار اليقين اولى من الاحتمال ولان ماءها في موضعه ومستقره فيغلب ماء الرجل لقوته في موضعه ولان حق الحضانة للام لا للاب فترجح جانبها ولانه بمنزلة عضو من اعضائها حسا بدليل انتقاله بانتقالها وتنفسه بتنفسها الا ترى ان سرة الجنين اذا ولد هي تقرض بالمقراض وكذا حكما لانه يعتق باعتاق الام لان الاوصاف القارة الشرعية في الامهات تسري الى الاولاد بخلاف الاب والحاصل ان للولد ثلاثة اوجه في التبعية في النسب يتبع الاب وفي الرق والحرية يتبع الام وفي الدين يتبع خير الابوين دينا ولا يقال اذا تبع الام يلزم ارقاق الحر فلا يجوز لانا نقول رضي الزوج بذلك حيث تزوج الامة مع علمه انها امة بخلاف المغرور فانه لما تزوج الامة بلا علم لم يرض باسقاط حقه فصار ولده حرا بالقيمة نظرا الى الجانبين قوله والمنافاة متحققة اي بين ماء الرجل وماء المرأة والمنافاة ان لا يجتمع

الاثنان في محل واحد في زمان واحد من جهة واحدة كالمتضادين ولانه قال هذا جواب لسؤال
مقدر بان يقال كيف يكون ماء الرجل مستهلكا بماء المراة وهما من جنس واحد ولا منافاة بينهما والجنس
لا يغلب الجنس فقال المنافاة بينهما متحققة لان طبع ماء الرجل حار وطبع ماء المراة بارد وبينهما
منافاة لا محالة وماء المراة في مستقره يزداد قوة وماء الرجل في غير مستقره فيكون مغلوبا
بما بها قوله وولد الحرة حر على كل حال اي سواء كان زوجها حرا او عبدا وهذا الترجيح جانبها لما
بينا فيتبعها الولد في الحرية كما في الرق قوله كما في المملوكية والموقوفية اعلم ان بين الملك
والرق مغايرة لان الرق ضعف حكمي به يصير الشخص عرضة للتملك والابتذال شرع جزاء للكفر
الاصلي والملك عبارة عن المطلق الحاجز اي المطلق للتصرف لمن قام به الملك المانع عن التصرف
لغير من قام به وقد يوجد الرق ولا ملك ثمة كما في الكافر الحربي في دار الحرب والمستامن في
دار الاسلام لانهم خلقوا ارقاء جزاء الكفر ولكن لا ملك لاحد عليهم وقد يوجد الملك ولا رق كما
في العروض والبهائم لان الرق مختص ببني ادم وقد يجتمعان كالعبد المشترى فيتبع الولد امها
في المملوكية كما في المشتراة اذا ولدت يكون ولدها مملوكا وموقوفا ويتبعها ايضا في الموقوفية
كالحربية او المستامنة اذا ولدت يكون ولدها موقوفا تبعا للام قال بعضهم في شرحه انما ذكره
بهذين اللفظين لتغايرهما من حيث الكمال والنقصان لانه في المدبر وام الولد كامل والرق
ناقص وفي المكاتب على عكسه وفيه نظر لان الرق لا يحتمل التجزي وبه صرح اصحابنا في اصول
الفقه وما لا يحتمل التجزي كيف يقبل النقصان قوله وامة الولد يعني اذا زوج المولى
ام ولده من رجل يكون الولد في حكم امه على ما يجيء بيان ذلك في باب الاستيلاد قوله
والكتابة يعني اذا كاتب المولى امته ثم ولدت دخل الولد في كتابة الام تبع

باب العبد يعتق بعضه لما ذكر اعتاق الكل شرع في
اعتاق البعض لان الاصل في كل ثابت كماله ونقصانه بعارض ولان الاول متفق عليه وفي
الثاني اختلاف والاصل عدم الاختلاف ولان الاول كثير الوقوع فاستحق التقديم والثاني
قليل فاخر قوله واذا اعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر ويسعى في بقية قيمته
لمولاه عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا يعتق كله وهذه من مسائل القدوري واصل
المسألة ان الاعتاق يتجزى عند ابي حنيفة وعند صاحبيه لا يتجزى المحل وبه اخذ الشافعي
وقول مالك كقول ابي حنيفة في التجزي والمراد من تجزي الاعتاق والملك ان يتجزى المحل في قبول
حكم الاعتاق وهو زوال الملك بان يزول في البعض دون البعض وان يتجزى المحل في قبول
حكم الملك وهو ان يكون البعض مملوكا لواحد والبعض لاخر وليس معناه ان ذات الاعتاق
او ذات الملك يتجزى لانه معنى واحد لا يقبل التجزي ثم ان الاعتاق اثبات العتق وهو المفهوم
من لغة العرب والعتق قوة حكمية يظهر اثرها في المحل لكونه صالحا للولايات كالقضاء
والشهادات والقوة لا يثبت في المحل الا بازالة ضدها عنه وهو الضعف الحكمي الذي يسمى
رقا ثم العتق والرق لا يتجزآن بالاتفاق والاعتاق لا ينفصل عن العتق لانه علته فلا
يتجزى الاعتاق ايضا وهذا لان ما لا يتجزى اذا اضيف الى المحل ثبت كله كالطلاق والعفو
عن القصاص ولان الاستيلاد لا يتجزى وهو حق الحرية فحقيقة الحرية اولى ولهذا اذا
استولد احد الشريكين الجارية المشتركة يملك نصيب الاخر وتصير الجارية كلها ام ولد
له ولهذا اذا ولدت الجارية المشتركة ولدا فادعاه احدهما واعتقها يعتق كلها بالاجماع فعلم

ان الاعتاق لا يتجزى فاي فرق بين اعتاق ام الولد واعتاق العبد يوضحه ما روى البخاري وغيره مسندا
الى ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من اعتق نصيبا له في مملوكه او شركا له في عبد
فكان له من المال ما يبلغ قيمته بقيمة عدل فهو عتيق ولابي حنيفة رضي الله عنه ما روى البخاري رحمه الله
ايضا باسناده الى نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من اعتق شركا
له في عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم العبد عليه قيمة عدل فاعطى شركاءه حصصهم وعتق
عليه العبد والا فقد عتق منه ما عتق وروى البخاري ايضا باسناده الى ابي هريرة رضي الله عنه
ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من اعتق نصيبا او شقيصا في مملوك فخلاصه عليه في ماله ان كان له
مال والا قوم عليه فاستسعى به غير مشقوق عليه اي لا يشغل عليه الثمن والشقيص بفتح
الشين على وزن فعيل بمعنى الشقص وهو النصيب فدل الحديثان على تجزي الاعتاق لانه
عليه السلام قال يعتق العبد في الحديث الاول بعد اعطاء حصص الشركاء فعلى تقدير ان لم يكن
له مال يبلغ ثمن العبد اثبت العتق في القدر الذي اعتقه لانه قال عتق منه ما عتق وفي الحديث
الثاني ع لخلاصه عليه ان كان له مال فلو لم يكن الاعتاق متجزيا لم يقل خلاصه عليه لانه خلص
قبل واثبت السعاية ايضا وهي دليل على التجزي ايضا لان السعاية انما تكون على العبد فعلم به بقي
فيه ملك وحدث الطحاوي في شرح الاثار باسناده الى ابراهيم النخعي عن عبد الرحمن بن يزيد قال
كان لنا غلام قد شهد القادسية فابلى فيها وكان بيني وبين امي وبين اخي الاسود فارادوا
عتقه وكنت يومئذ صغيرا فذكر الاسود ذلك لعمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال اعتقوا
انتم فاذا بلغ عبد الرحمن ورغب فيما رغبتم اعتق والا ضمنكم اثبت لعبد الرحمن الاعتاق بعد بلوغه
بعد ان ثبت في العبد اعتاق فدل على تجزي الاعتاق والمراد بما رووه بعد ما ادى حصص الشركاء
بدليل ما روينا فنحن نقول بذلك والمعقول في المسألة ان الاعتاق لا يخلو من احد الامرين اما ان
يكون اثبات العتق كما قالوا او ازالة ملك متجز يفضي زواله كله الى العتق كما قال ابو حنيفة والحصر
ظاهر لانهم لما اختلفوا في هذين المعنيين كان اجماعا منهم ان غيرهما ليس بمراد فبعد ذلك نقول لا
يجوز ان يكون اثبات العتق فتعين ازالة الملك وذلك لان تصرف الانسان انما يصح فيما هو الداخل
تحت ولايته لا فيما ليس بداخل تحت ولايته والعتق عبارة عن قوة شرعية جالبة للولايات وليس
في ولاية العبد اثبات تلك القوة وانما ذلك لله تعالى والملك داخل تحت ولاية العبد وهو متجز
ثبوتا كما في الارث والشراء يجب ان يثبت وكذا سقوطا كما في بيع النصف وهبته فثبت ان الاعتاق
هو ازالة الملك متجز لان زواله متجز ولا يجوز ان يكون الاعتاق ازالة الرق لان الرق حق
الله تعالى لما ان الكفار لما استنكفوا عن عبادة الله تعالى جعلهم الله تعالى ارقاء لعبيده فكان
سبب رقهم كفرهم او كفر اصولهم او الرق حق عامة المسلمين وهو كونه وسيلة الى نفعهم
واقامة مصالحهم ودفع الشر عنهم فكيف ما كان لا يجوز للانسان يتصرف في حق غيره ولا يلزم
علينا ثبوت هذه القوة او زوال الرق اذا اعتق جميع العبد لان ذلك بخلق الله تعالى لا بفعل
العبد وانما للعبد ازالة ملكه بحسب فان قيل
ما الفرق بين الملك والرق فكيف كان الاول متجزيا دون الثاني قلنا
الرق عبارة عن ضعف حكمي يظهر اثره في عجز الانسان عن دفع ملك الغير عن نفسه والملك عبارة
عن المطلق الحاجز والحاصل ان التفرقة ظاهرة بين الحالة التي بها يصح الاستيلاء على المحل
وبين الحالة التي لا يصح الاستيلاء عليه فسمينا الاول رقا والثاني حرية فعلم ان المصحح للملك هو الرق

كالحياة فانها معنى مصحح للعلم والقدرة اما تجزي الملك فقد مر واما عدم تجزي الرق فلان الرق لا يتجزى ثبوتا فلا يتجزى سقوطا لان السقوط بحسب الثبوت وذلك لانه لا يجوز استرقاق بعض الشخص دون البعض والجواب عن قولهم ايضا لا يتجزى اذا اضيف الى المحل يثبت كله نقول لا نسلم وانما ثبت في الطلاق والعفو عن القصاص اذا اضيف الطلاق الى النصف او اضيف العفو الى النصف عدم التجزي لعدم الحالة المتوسطة فاثبت الطلاق والعفو في الكل لان المحرم مع المبيح اذا اجتمعا فالمحرم اولى بيانه ان المراة تحرم بالنظر الى النصف الذي اضيف اليه الطلاق وتحل بالنظر الى النصف الذي لم يضف اليه الطلاق فاثبت حكم الطلاق في الكل ترجيحا للمحرم وكذلك في صورة العفو تحل قتل القاتل بالنظر الى النصف الذي اضيف اليه العفو فرجح المحرم بخلاف ما نحن فيه فان هنا حالة متوسطة بين الاعتاق والعتق وهو زوال بعض الملك فلم يلزم العتق ولئن سلمنا لكن لا نسلم ان الاعتاق مما لا يتجزى والجواب عن اعتاق ام الولد فنقول لا نسلم ان حق الحرية لا يتجزى بل هو متجز لكنه يعتق الباقي في الحال لمعنى اخر وهو انه لا فائدة في التاخير لان ام الولد لا سعاية عليها فيتعين التضمين على المستولد فتعتق بالضمان في الحال واما هنا فالذي يحصل منه البدل ليس بمتعين لانه اما العبد او المعتق فيتاخر **قوله** يتجزى عنده اي عند ابي حنيفة رضي الله عنه **قوله** فيقتصر اي الاعتاق **قوله** لهم اي لابي يوسف ومحمد والشافعي **قوله** واثباتها بازالة ضدها وهو الرق اي اثبات القوة الحكمية بازالة ضد القوة الحكمية وضدها هو الرق الذي هو ضعف حكمي **قوله** وهما لا يتجزءان اي العتق والرق لا يتجزءان فلا يتجزى ه الاعتاق ايضا **قوله** لان الملك حقه اي حق المولى **قوله** الى ما وراءه اي وراء موضع الاضافة **قوله** والمستسعى بمنزلة المكاتب عنده اي المستسعى احكامه احكام المكاتب عند ابي حنيفة ما دام يسعى فلا يجوز له التزوج الا باذن المولى ولا يهب ولا يتصدق الا بالشيء اليسير ولا يتكفل ولا يقرض الا انه اذا عجز لا يرد الى الرق لانه اسقاط محض بخلاف الكتابة قصدا فانه اذا عجز يرد الى الرق لانه يقبل الفسخ فلما كان كالمكاتب كان للمولى استسعاؤه واعتاقه كالمكاتب وانما جعل معتق البعض وهو المستسعى لاحتباس ماليته البعض عنده كالمكاتب لاضافة الاعتاق الى بعض العبد اقتضت مالكية العبد بالنظر الى ذلك البعض لان ملك المولى زوال في ذلك البعض عن العبد لكن بقاء ملك المولى في البعض الاخر اقتضى ان لا يكون مالكا فجعلناه كالمكاتب مالكا من وجه عملا بالدليلين لانه مالك يدا لا رقبة ه **قوله** فله اي للمولى **قوله** غير انه اذا عجز لا يرد الى الرق هذا بيان الفرق بين المستسعى والمكاتب يعني ان المكاتب يرد الى الرق وهذا لا **قوله** عقد يقال ويفسخ ه اي يصح فيه الاقالة والفسخ **قوله** والاستيلاد متجز عنده اي عند ابي حنيفة حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه اي على نصيب المستولد يعني اذا ولدت الامة ه المدبرة بين رجلين ولدا فادعاه احدهما يصير نصف الجارية ام ولد له ونصفها مدبرة لشريكه حتى انهما لو ماتا يعتق نصف الشريك من الثلث ونصف الاخر من الجملة وولاء الولد بينهما وفي رواية كتاب الولاء نصف الولاء للثاني وليس للاب عليه ولاء وعليه قيمة نصف الولد مدبرا يوم ولد لان الولد في الظاهر ولد منهما وقد اتلف كذا ذكر شمس الائمة البيهقي في الشامل في قسم المبسوط **قوله** فكمل الاستيلاد اي بالضمان كمل استيلاد القنة فلم يدل

ذلك

ذلك على ان الاستيلاد ليس بمتجز عند ابي حنيفة رضي الله عنه **قوله** واذا كان العبد بين شريكين فاعتق احدهما نصيبه عتق اي عتق نصيبه وانما قال عتق وان كان العتق لا يتجزى بالاتفاق لما انه اراد به زوال ملكه في نصيبه وهذه من مسائل القدوري قال الحاكم الشهيد رحمه الله في الكافي واذا كان العبد بين رجلين فاعتق احدهما نصيبه منه فهو جائز والشريك بالخيار ان شاء اعتق حصته وان شاء استسعاه في نصف قيمته وان شاء ضمن المعتق نصف قيمته ان كان موسرا او كان له من المال او العروض قدر قيمة نصف المملوك ويرجع به المعتق على العبد ويكون الولاء كله له وليس له ان يضمنه ان كان معسرا فان اعتقه او استسعاه فالولاء بينهما في قول ابي حنيفة فان كان اعتق نصيبه باذن شريكه فلا ضمان عليه ولو اعتق احدهما نصيبه شريكه منه لم يعتق وقال ابو يوسف ومحمد اذا اعتق احدهما نصيبه منه فهو حر كله والولاء له واحكامه احكام الاحرار فان كان المعتق موسرا ضمن نصيب شريكه ولم يرجع بما يضمنه له على الغلام وان كان معسرا سعى الغلام فيه ولا خيار للشريك فيه والولاء كله للمعتق وهو قول ابن ابي ليلى الا في حرف واحد قال يرجع الغلام بما سعى فيه على الذي اعتقه الى هنا لفظ الحاكم وقال الفقيه ابو الليث السمرقندي في شرح الجامع الصغير وفي قول الشافعي ان كان المعتق موسرا عتق كله ويضمن نصف قيمته وان كان معسرا عتق النصف والنصف الاخر عبد على حاله يجوز بيعه وهبته وهذه مبنية على اصلين احدهما تجزي الاعتاق عند ابي حنيفة وعدم تجزيه ه عندهما لانه لما تجزى عنده زال الملك في نصيبه خاصة وفسد نصيب الشريك فكان له الخيار اما ان يعتق نصيبه او يستسعي العبد لان ملكه باق في نصيبه واما ان يضمن شريكه لان النبي صلى الله عليه وسلم اوجب على الموسر الضمان وعندهما لما لم يتجز عتق باعتاق البعض كله فلم يكن له الخيار والثاني ان يسار المعتق لا يمنع سعاية العبد خلافا لهما اما الكلام في التجزي وعدمه فقد مر مستوفى في المسئلة المتقدمة واما الكلام في الاصل الثاني فلابي يوسف ومحمد رحمهما الله ما روى ابو هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من اعتق نصيبا او شقيصا في مملوك فخلاصه عليه في ماله ان كان له مال والا قوم عليه فاستسعي به غير مشقوق عليه وجه الاستدلال ان النبي صلى الله عليه وسلم قسم الامرين اعني خلاص العبد وسعايته بين الحالين اعني يسار المعتق واعساره والقسمة تقطع الشركة فلا يكون للشريك الساكت سعاية العبد مع يسار المعتق ولابي حنيفة رضي الله عنه ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا عتق فيما لا يملكه ابن ادم فدل الحديث ان باعتاق نصيبه لا ينفذ العتق في نصيب شريكه لانه ليس بمالك لنصيب شريكه فلما لم ينفذ كان نصيب الشريك باقيا على ملكه فله ان ياخذ منه العوض بالسعاية كالكتابة ثم الشريك اذا اختار العتق او السعاية كان الولاء بينهما لان العتق حصل منهما جميعا والبدل لا يمنع الولاء كما في الكتابة واذا اختار التضمين انتقل نصيبه الى المعتق فكان له ان يعتق او يستسعي لانه وجب اخراجه الى الحرية لاستحالة ان يبقى فيه الرق مع وقوع الحرية في الاخر فاي الامرين فعل كان الولاء له خاصة دون شريكه هذا اذا كان موسرا اما اذا كان معسرا كان لشريكه الخياران اما الاعتاق واما الاستسعاء لعدم وجوب الضمان فايهما فعل كان الولاء بينهما لحصول العتق منهما قال الشيخ ابو نصر ومن اصحابنا من قال ان القياس ان يجب الضمان وهو قول بشر المريسي يعني فيما اذا كان المعتق معسرا لان ضمان الاتلاف لا يختلف باليسار والاعسار ه وانما تركوا القياس لما قدمناه من الاخبار وقد فرق النبي صلى الله عليه وسلم بين اليسار والاعسار ومن اصحابنا من قال ان القياس ان لا يضمن المعتق في الوجهين لانه تصرف في ملكه على وجه اذن بغيره فصار كمن احرق داره فاحترقت دار جاره وانما تركوا القياس في الموسر واوجبوا عليه

الضمان بالخبر قوله فان كان موسرا اي المعتق قوله والولا بينهما في الوجهين اي
بين الشريكين في الاعتاق والاستسعا يعني اذا اعتق الشريك الساكت نصيبه او استسعى العبد
فيه قوله وقالا ليس له اي قال ابو يوسف ومحمد ليس للشريك الساكت الا احد الامرين اما
تضمين المعتق ان كان موسرا و اما استسعا العبد ان كان المعتق معسرا قوله ولا يرجع المعتق
على العبد اي لا يرجع بما ضمن لان العبد لا يجب عليه السعاية عندهما في اليسار وعند ابي حنيفة يرجع
عليه لانه باد الضمان قام مقام الساكت اخذ العوض منه بالاستسعا فكذلك كان للمعتق الرجوع
عليه بما ادى ولانه ملك نصيب شريكه ضمنا لادا الضمان فكانه اعتق نصف عبده وفي النصف
فكان له في الباقي الاعتاق او الاستسعا فلهذا كان له الرجوع بما ضمن قوله ولانه
احتبست مالية نصيبه عند العبد اي ولابي حنيفة هذا الدليل لبيان ان يسار المعتق لا يمنع
سعاية العبد ووجهه ان مالية نصيب الشريك الساكت احتبست عند العبد فكان للساكت ان
يضمن العبد لاحتباس نصيبه عنده الا ان العبد فقير لم يمكن القول بتضمينه فوجب الاستسعا
كما اذا القت الريح ثوب انسان في صبغ احمر كان لصاحب الصبغ ان يضمن رب الثوب قيمة صبغه
لاحتباس ماله عنده وهو معنى قوله لما قلناه ولا يقال ان هذا تعليل في معارضة النص لانه
اوجب السعاية اذا كان المعتق معسرا الا اذا كان موسرا فلا يجوز لانا نقول الشرط يوجب
الوجود عند الوجود ولا يوجب العدم عند العدم فافهم واحتبست على صيغة المبني للفاعل قوله
لانه اي يسار اليسير وهو ان يجد ما يودي به نصيب الاخر قوله يتعدل النظر من الجانبين
اي من جانب المعتق معا وجانب الشريك الساكت وذلك لان مقصود المعتق تحقيق القربة له
ومقصود الشريك وصول بدل حقه اليه فبيسار التيسير تحصل الامران جميعا فلا حاجة
الى يسار الغنا قال في التحفة انما يعتبر القيمة في الضمان والسعاية يوم الاعتاق لانه سبب الضمان
وكذا يعتبر حال المعتق في يساره واعساره يوم الاعتاق حتى لا يسقط الضمان اذا اعسر بعد
اليسار ولا يثبت الضمان اذا ايسر بعد الاعسار قوله واما التخريج على قوله اي تخريج المسئلة على
قول ابي حنيفة يعني انما كان للشريك الاعتاق والاستسعا لقيام ملكه والتضمين لان المعتق افسد نصيبه
لانه امتنع فيه البيع والهبة قوله ونحو ذلك اراد به التصدق والوصية قوله وتوابعه
بالجر عطفا على الاعتاق اي امتنع في نصيب الشريك ما سوى الاعتاق وتوابعه واراد بالتوابع التدبير
والكتابة والاستيلاد قوله والاستسعا بالجر عطفا على المضاف اليه في قوله لخيار الاعتاق لما
بينا اي لما انه احتبست مالية نصيبه عند العبد قوله وقد كان له ذلك بالاستسعا اي كان للشريك
الساكت الرجوع باستسعا العبد فكذلك كان للمعتق ايضا لانه قام مقام الساكت قوله ضمنا جواب
سوال مقدر بان يقال المستسعى كالمكاتب وذاك لا يقبل النقل من ملك الى ملك فالمستسعى كذلك فكيف
يملكه المعتق باد الضمان فاجاب عنه بقوله ضمنا اي كم من شي يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا قوله اي
هذا الوجه اي في وجه التضمين قوله ان شا اعتق اي الساكت لما بينا اي لبقا ملكه قوله والولا
له في الوجهين اي الولا للشريك الساكت في الاعتاق والاستسعا في نصيبه قوله ولا يرجع المستسعى
على المعتق بما ادى باجماع بيننا والمستسعى على صيغة اسم المفعول وهو العبد وانما قيد الاجماع بقوله بيننا
احترازا عن قول ابن ابي ليلى فان عنده يرجع كالمرهون اذا اعتقه الراهن المعسر والفرق لنا ان العبد
هنا يسعى في تخليص رقبته عن الرق وهو منفعة خالصة له فلهذا لا يرجع بخلاف العبد المرهون فانه
يسعى في رقبة تخلصت ويقضي دينا على الراهن فلهذا يرجع عليه قوله وقول الشافعي في الموسر كقولهما

اي اذا

اي اذا كان المعتق موسرا يعتق كل العبد ويضمن قيمة نصيب شريكه كقول ابي يوسف ومحمد واذا
كان معسرا يبقى نصيب الشريك على حاله يباع ويوهب لانه لا وجه الى التضمين لاعسار الشريك ولا الى
الاستسعا لعدم جناية العبد ولا الى اعتاق الكل للزوم الضرر بالشريك قلنا لا نسلم انه لا وجه الى
الاستسعا بل له وجه وهو ان مالية نصيبه احتبست عنده فيستسعيه ولئن قال لا نسلم الاحتباس لان
عندي يجوز للشريك بيع نصيبه وهبته لانا نقول يلزم حينئذ الجمع بين النقيضين في محل واحد فلا
يجوز لانه حينئذ يلزم ان يكون الشخص قويا ضعيفا ومالكا مملوكا لان المعتق اعتق نصيبه وبقي ملك
الشريك على حاله وهو فاسد فرع يوضح ان العبد المرهون اذا اعتقه الراهن المعسر يسعى ولم يوجد
منه الجناية قوله فتعين ما عيناه وهو عتق ما عتق ورق ما رق قوله لها اي للمالكية او
للقوة قوله قال ولو شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه بالعتق سعى العبد لكل واحد منهما
في نصيبه موسرين كانا او معسرين عند ابي حنيفة رضي الله عنه اي قال القدوري في مختصره وتمام
لفظه فيه وقال ابو يوسف ومحمد ان كانا موسرين فلا سعاية وان كانا معسرين سعى لهما وان كان
احدهما موسرا والاخر معسرا سعى للموسر ولم يسع للمعسر واراد بالعتق الاعتاق وجه قول
ابي حنيفة رضي الله عنه ان كل واحد من الشريكين لما زعم ان شريكه اعتق نصيبه كان له تضمين
شريكه او استسعا العبد اذا كان المعتق موسرا لان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده او له
الاستسعا فحسب اذا كان المعتق معسرا لكن الضمان انتفى لانكار الشريك فتعين السعاية على كل حال فلم
يبق فرق بين اليسار والاعسار وكان الولا لهما جميعا لان نصيب المعتق عتق باعتاقه ونصيب
الاخر عتق بالسعاية ولكن ينبغي لك ان تعرف ان هذا كله بعد ان تحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه
لان كل واحد منهما يدعي على الاخر الضمان والضمان مما يصح بذله فيستحلف عليه وقال اصحابنا انه عبد
عند ابي حنيفة حتى يودي لان المستسعى عنده كالمكاتب وعندهما حر عليه دين لان الشريك لما اعتق
نصيبه عتق كله لعدم تجزي الحرية لكن على قولهما وهو قول زفر ايضا كذا قاله الشيخ ابو نصر لا سعاية
على العبد اذا كانا موسرين لان كل واحد منهما يزعم انه شريكه اعتق وهو موسر وان له الضمان عليه
لا السعاية على العبد وقوله مقبول على نفسه في براءة العبد عن السعاية وليس بمقبول على شريكه
في دعوى الضمان لانكاره اما اذا كانا معسرين يسعى لكل واحد منهما لان كل واحد منهما يزعم ان
شريكه اعتق نصيبه وهو معسر ولا حق له في تضمين المعسر وانما حقه في سعاية العبد واما اذا
كان احدهما موسرا والاخر معسرا سعى للموسر لا للمعسر لان الموسر يزعم ان شريكه اعتق نصيبه
وهو معسر وله على العبد السعاية لا الضمان على الشريك لانه معسر فلهذا يسعى العبد للموسر
ولا يسعى للمعسر لانه يزعم ان شريكه اعتق وهو موسر وحقه في تضمينه لا في سعاية العبد فكان
قوله مقبولا في براءة العبد غير مقبول في تضمين الشريك لانكاره فلم يكن للمعسر شي قال الحاكم
الشهيد رحمه الله الولا على قولهما موقوف حتى الى ان يتفق الشريكان على اعتاق احدهما وذلك
لان كل واحد منهما يزعم ان جميع الولا لشريكه وشريكه يجحد ذلك ثم اعلم ان شهادة احد الشريكين على
صاحبه بالاعتاق لا تقبل لكونه شهادة الفرد وكذلك اذا كان الشركا ثلاثة فشهد اثنان منهما على الثالث
باعتاق نصيبه لانهما يثبتان لانفسهما حق الضمان او يشهدان لعبدهما ولا يعتق نصيب الشاهد
لانه لم يعترف باعتاق نصيبه وانما زعم ان شريكه اعتق نصيبه وثبت حق الحرية في نصيب الشاهد
بحيث لا يجوز تصرفه فيه بالتمليك وقوله مقبول على نفسه غير مقبول على شريكه ولا يجب عليه
الضمان لانه لم يباشر العتق فكان كمن وكل رجلا في عتق نصيبه فاعتقه فانه لا يضمن لانه لم يباشر

العتق كذا قال الشيخ ابو نصر **قوله** فصار حكايتا في زعمه عنده اي في زعم كل واحد من
الشريكين عند ابي حنيفة وذاك لان المستسعى بمنزلة المكاتب عنده والزعم بفتح الزاي وضمها
لغتان فصيحتان كالضعف والضُعف حكاهما ابن السكيت وقرا الكسائي قوله تعالى هذا
لله بزعمهم بضم الزاي والباقون بفتحها قال ابن دريد واكثر ما يقع الزعم على الباطل في القران
وفي فصيح الشعر قال تعالى زعم الذين كفروا ان لن يبعثوا وقال الشاعر زعمت سخينة ان
ستغلب ربها ● وليغلبن مغالب الغلاب **قوله** لانه مكاتبه على تقدير الصدق في قوله ان شريكه
اعتق نصيبه او مملوكه على تقدير الكذب وكسب المملوك لمولاه **قوله** فلهذا يستسعيانه اي فلاجل
ان العبد مكاتب او مملوك يستسعي الشريكان العبد لتيقن حق الاستسعا **قوله** لان حقه في الحالين اي
حق كل واحد من الشريكين في حال يسار شريكه الذي اعتق نصيبه وحال اعساره في احد شيئين من
تضمين الشريك واستسعا العبد لكن الضمان تعذر لانكار الشريك فتعين السعاية **قوله** على ما
بيناه اشارة الى قوله لانا تيقنا بحق الاستسعا كاذبا كان او صادقا **قوله** تحيله اي تحيل الولاء وهو
يتبرا عنه اي صاحبه يتبرا عن الولا **قوله** ان يتفقا اي يتفق الشريكان **قوله** ولو قال احد
الشريكين ان لم يدخل فلان هذه الدار غدا فهو حر وقال الاخر ان دخل فهو حر فمضى الغد ولا يدري ادخل
ام لا عتق النصف وسعى لهما في النصف وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يسعى في جميع
قيمته وهذه من مسايل الجامع الصغير المعادة ولكن لم يذكر قول ابي يوسف ومحمد في الجامع الصغير
كذا قال الفقيه ابو الليث رحمه الله في شرح الجامع الصغير وانما ذكر قولهما في الجامع الكبير وفي
عتاق الاصل وقد اوردوه في شروح الجامع الصغير ايضا والذي ذكره صاحب الهداية فيه
ابهام لان عند ابي يوسف انما يسعى في النصف اذا كانا معسرين واما اذا كان احدهما موسرا
يسعى له في الربع وكذلك عند محمد انما يسعى في جميع القيمة اذا كانا معسرين واذا كان احدهما
موسرا يسعى له في نصف القيمة ولكن العذر لصاحب الهداية انه اشار الى ما قلنا بعد هذا ه
بقوله وياتي التفريع فيه على ان اليسار يمنع السعاية اولا بنيها على الاختلاف الذي سبق ثم
جواب المسيلة مشروحا على قول ابي حنيفة رضي الله عنه انه يعتق نصف العبد ه ويسعى ه
في نصف قيمته بينهما نصفين سوا كانا موسرين او معسرين وفي قول ابي يوسف ان كانا موسرين
فلا يسعى في شي وان كانا معسرين سعى لهما في نصف القيمة لكل واحد منهما في الربع وان كان احدهما
موسرا والاخر معسرا سعى للموسر في ربع قيمته ولا يسعى للمعسر في شي وفي قول محمد ان كانا له
موسرين فلا سعاية وان كانا معسرين يسعى لهما في جميع القيمة وان كان احدهما موسرا والاخر
معسرا سعى للموسر في نصف القيمة ولا يسعى للمعسر في شي وقد اتفق ابو حنيفة وابو يوسف
على انه لا يسعى في اكثر من النصف لان النصف عتق لا محالة لانه ان كان دخل عتق نصيب هذا
بلا شي وان لم يدخل عتق نصيب الاخر بلا شي فقد عتق النصف اذا بلا سعاية وبقي النصف
الاخر يسعى فيه لهما لان احدهما ليس باولى من الاخر فيسعى في ذلك النصف بينهما نصفين الا ان
ابا حنيفة رضي الله عنه لا يفرق بين اليسار والاعسار لان السعاية على اصله واجبة على العبد
على كل حال لان المعتق اذا كان معسرا ظاهر وكذا اذا كان موسرا لان اليسار لا يمنع السعاية عنده
فاذا اختار الشريك ضمان الموسر فهو يرجع على العبد فالضمن فكان ماله السعاية وجه قول محمد رحمه
الله ان المقضي عليه بسقوط نصف السعاية مجهول لانه اما هذا المولى واما هذا المولى ولا يمنع القضا
على المجهول ولا يمكن القول بالتوزيع لما فيه من اسقاط السعاية لغير المعتق وايجاب السعاية ه

للمعتق

للمعتق ولان كل واحد منهما يشهد على صاحبه بالحنث فكان كعبد بين اثنين شهد كل واحد منهما
على الاخر بالاعتاق فانه يسعى في جميع القيمة اذا كانا معسرين فكذا هنا ووجه قولهما انا
تيقنا بسقوط نصف السعاية فهو نصيب المعتق لان احدهما حانث بيقين لا محالة والقضا
بالشغل مع العلم بالبراة فاسد وجهالة المقضي عليه لا يمنع القضا بالسقوط اصله جهالة المقضي
له كما اذا اقر احدهما على الف وتزول الجهالة ايضا بالتوزيع لعدم الاولوية احدهما من الاخر
الاترى الى ما نقل فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير عن كتاب التحري في عشرة رجال
لكل واحد منهم جارية فاعتق احدهم جاريته ثم صار لا يدري الذي اعتق والتي اعتقت ثم
اجتمعن في ملك واحد ثم مات انه يحكم بعتقهن ويسعى كل واحدة منهن في تسعة اعشار قيمتها
وكذلك ان اعتق رجل جارية بعينها من جواريه ثم مات قبل البيان فانه يشيع العتاق فيهن
بخلاف ما اذا شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه بالعتق حيث يسعى في جميع القيمة لانا لم
نتيقن بسقوط نصف السعاية لجواز ان يكون كل واحد كاذبا في شهادته **قوله** كما
اذا اعتق احد عبديه لا بعينه او بعينه ونسيه ومات قبل التذكر او البيان اي يعتق من
كل واحد منهما نصفه ويسعى كل واحد في نصفه **قوله** ولو حلفا على عبدين كل واحد
منهما لاحدهما لم يعتق واحد منهما يعني اذا كان لكل واحد من الرجلين عبد على حدة فقال احدهما
ان دخل فلان الدار غدا فعبدي حر وقال الاخر ان لم يدخل فعبدي حر فمضى الغد ولم يدر
الدخول وعدمه لا يعتق واحد منهما ولا شي منه في قولهم جميعا لان المقضي عليه وهو المولى
مجهول وكذا المقضي له وهو العبد مجهول ايضا فلم يمكن القضا لتفاحش الجهالة بخلاف
العبد الواحد بين اثنين فان المقضي له معلوم وكذا المقضي به وهو عتق نصف العبد معلوم
لان احدهما حانث لا محالة فغلب المعلوم المجهول **قوله** قال واذا اشترى الرجلان ابن احدهما
عتق نصيب الاب اي قال القدوري في مختصره وقال في الجامع الصغير ولا ضمان على الاب سوا علم
الشريك انه ابوه او لم يعلم وقوله اذا لم يعلم من الخواص اعلم ان الرجلين اذا ملكا عبدا هو ذو
رحم محرم من احدهما بعقد واحد فملكاه جميعا من شرا او هبة او صدقة او وصية لا يضمن
الذي عتق عليه لشريكه شيا عند ابي حنيفة ولكن العبد يسعى في نصف قيمته للاخر موسرا
كان الذي عتق عليه او معسرا وعندهما يضمن ان كان موسرا نصف قيمة العبد للشريك وان
كان معسرا يسعى العبد في نصف قيمته للشريك وكذلك رجل حلف وقال لعبد ان ملكت شقصا
منك فهو حر ثم اشتراه مع اخر لا يضمن لشريكه شيا وان كان موسرا عند ابي حنيفة خلافا لهما
ذكر الخلاف ابو بكر الرازي في هذه المسيلة وكان ابو الحسن الكرخي يقول لا اعرف الرواية في
هذه المسيلة واما اذا ملكاه بسبب الارث وهو ذو رحم محرم من احدهما لا يضمن الذي عتق
عليه للشريك لانه لم يوجد منه صنع وهذا بلا خلاف كذا نص الحاكم الشهيد في الكافي وشمس
الايمة البيهقي في قسم المبسوط من الشامل وكذلك ذكر صاحب التحفة فيها وفي الخلافيات ايضا
وجه قولهما انه ابطل نصيب صاحبه لان الاعتاق لا يتجزى عندهما فاذا اعتق على احد الشريك
نصيبه بملك القريب بالنص عتق نصيب الاخر ايضا فيكون مبطلا نصيب صاحبه فيضمن ان كان
موسرا كما اذا كان العبد بين اثنين اعتق احدهما نصيبه ووجه قول ابي حنيفة رضي الله عنه انه
رضي بافساد ملكه او بابطال ملكه على اختلاف الاصلين ولا عدوان مع الرضا فلا يضمن للشريك
كما اذا قال له اعتق نصيبك فاعتقه وانما قلنا انه رضي بالافساد او الابطال لانه باشر علة

العتق وهي الشرا فكان منه رضا بطريق الدلالة وهذا لان البايع انما باع العبد منهما جميعا فان
كان لم يقبل الشريك ما كان يصح العقد الا بايجاب مبتدا فعلم انه رضي بالاعتاق حكما من طريق
الدلالة لان شرا القريب اعتاق فصار كما اذا رضي نصا وصريحا فان قيل قلنا
لا نسلم انه رضي بافساد نصيبه او بابطاله لانه ضرر والعاقل لا يرضى بالضرر وقد بذل عوضا
خطيرا لاستبقا ملكه لا لافساده وابطاله قلنا قد بينا انه رضي
بذلك لمباشرة علة العتق وقوله العاقل لا يرضى بالضرر لا نسلم مطلقا لانه قد يرضى بذلك
اذا كان ثمة نفع يحاد له او يزيد عليه والنفع ظاهر لانه يثبت العتق من جهته على وجه
يستفيد المدح والولا والثنا في الدنيا والثواب في الاخرة ويستسعي العبد في نصف القيمة
وربما يكون نصف القيمة اكثر من نصف الثمن فذلك نفع يزيد على الضرر فان قيل
لا شك ان الاعتاق لا يتجزى على مذهب ابي يوسف ومحمد رحمهما الله فيلزم من اعتاق البعض
اعتاق الكل ولا يصح اعتاق الكل الا بتملك نصيب الشريك لانه لا عتق فيما لا يملكه ابن ادم والتملك لم
يشرع الا بالضمان فالرضا بالاعتاق يكون رضا بسبب الضمان فكيف يمنع وجوب الضمان فصار كما
اذا استولد احد الشريكين الجارية المشتركة برضا الاخر يجب عليه الضمان قلنا
هذا السوال لا يرد على اصل ابي حنيفة لانه لا يملك نصيب صاحبه لتجزي الاعتاق عنده اما
عندهما وان كان يملك نصيب صاحبه بالاعتاق لكن ضمانا للاتلاف لا قصدا او ما ثبت ضرورة
وضمانا يراعى فيه حكم ذلك الشي لا حكم الثابت ضمنا لان ضمنيات الشي لا تعلل بخلاف الاستيلا
فانه تملك فقصد الا ضمنا للافساد فلم يبطل الضمان بالرضا على انا نقول ان ضمان الاعتاق ضمان
افساد لا ضمان تملك بدليل ان احد الشريكين اذا قال لصاحبه اعتق نصيبك فاعتق لا يضمن
وكذا اذا ورثاه وعتق نصيب القريب لا يضمن فلو كان ضمان تملك لضمن كما اذا ورثا ام ولد لاحدهما
بان كانت ولدت له بالنكاح فان قيل سلمنا انه ضمان افساد
لكن لا نسلم ان ضمان الافساد يمتنع اذا وجد الرضا بدليل عليه مسئلة الجامع الكبير ان احد الشريكين
اذا قال لصاحبه ان ضربت العبد الذي بيننا فهو حر فضربه حتى عتق على الحالف نصيبه يضمن
الحالف ان كان موسرا نصيب الضارب وان عتق برضاه قلنا قال العتابي
في شرح الجامع فالمشايخنا ما ذكر في الكتاب يعني في الجامع انه يضمن الحالف نصيب شريكه ان
كان موسرا قد اكد قولهما اما على قول ابي حنيفة فينبغي ان لا يضمن لان شريكه لما باشر شرط
العتق فقد رضي بافساد نصيبه ومنهم من قال ما ذكر في الكتاب قول الكل والفرق لابي حنيفة
ان الرضا بما يناسب العتق وله اثر في العتق يكون رضا بفساد نصيبه وشرا القريب اعتاق
فيكون موثرا في العتق وكذا الملك له اثر في العتق لان العتق لا يثبت دونه اما ههنا
فالضرب لا يناسب العتق والعتق يثبت دونه فلا يكون الرضا به رضا بالعتق لا محالة وسبب
الضمان وجد قطعا فلا يبطل حكمه بالرضا بالشك بخلاف ما اذا علق المريض طلاق امراته بفعلها
الذي لها منه بد وفعلت حيث تخرج عن الميراث لان ثمة المبطل وجد قطعا فاذا وجد الرضا من
وجه عمل المبطل عمله قوله عتق نصيب الاب اي زال ملكه في نصيبه لان العتق لا يثبت
ما لم يزل جميع الملك اتفاقا فاذا سعى الابن في نصيب الشريك فحينيذ يثبت العتق فيه عند
ابي حنيفة قوله وكذلك اذا ورثاه اي ورث الرجلان ابن احدهما صورته امراة اشترت
ابن زوجها ثم ماتت المراة عن اخ لاب وام وزوج يكون نصف العبد للزوج الذي هو اب فيعتق

عليه والباقي للاخ وكذا اذا كان لرجل ابن عم وله جارية فزوجها احدهما فولدت ولدا ثم مات
ابن العم عتق الولد على الاب وكذا اذا كان للمراة زوج واب ولها عبد هو ابو زوجها فماتت المراة كان العبد
ميراثا نصفه لزوجها هو الابن والباقي لابي المراة قوله حلف بعتقه ان اشترى نصفه قيد بالنصف
لانه اذا حلف بعتقه ان اشتراه لا يعتق بشرا النصف لعدم الشرط قوله لانه شاركه فيما هو
علة العتق والحكم كما يضاف الى العلة يضاف الى علة العلة قوله كما اذا اذن له باعتاق نصيبه
صريحا بان قال احد الشريكين لصاحبه اعتق نصيبك فاعتقه لا يضمن قوله ودلالة ذلك اي
دلالة الرضا بافساد نصيبه قوله وهذا ضمان افساد في ظاهر قولهما لانه نص على قولهما في كتاب
المكاتب ان احد الشريكين اذا قال لصاحبه كاتب نصيبك فكاتب فادى وعتق لا يضمن المكاتب نصيب
شريكه ولا فرق بين الاعتاق بالكتابة والاعتاق بالشرا وذلك لان الضمان يبطل بالرضا وانما قيد
بالظاهر احترازا عما روي عن ابي يوسف اذا قال لصاحبه اعتق نصيبك فاعتق يضمن جعله ضمان
التملك حيث لم يسقط الضمان بالرضا ذكر رواية ابي يوسف علا الدين العالم في طريقة الخلاف قوله
ولا يختلف الجواب بين العلم وعدمه وهو ظاهر الرواية عنه اي عن ابي حنيفة وذلك لانه منصوص في الجامع
الصغير واحترز بالظاهر عن رواية الحسن بن زياد انه اذا لم يكن عالما بانه ابوه لا يكون راضيا وقال
ابو الليث في شرح الجامع الصغير ذكر ابو يوسف في الامالي اذا كان الشريك لم يعلم واشتراه فهو بالخيار ان
شاء اجاز البيع وان شا نقض لان المبيع قد تعيب قبل القبض كما اذا اشتريا عبدا فاعتقه احدهما قبل
القبض كان للاخر بالخيار اجاز او نقض قوله كما اذا قال لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك للامر
ولا يعلم الامر بملكه اي كان لا يعلم الامر ان الطعام له بل امر غيره على ظن انه ليس له اورد هذه المسئلة
نظيرا على ان الحكم يدار على السبب وان لم يوجد العلم يعني ان الامر بالكل الطعام وهو سبب لنفي الضمان عن الاكل
لما وجد انتفى الضمان عن الاكل وان لم يعلم الامر بان الطعام ملكه الامر فكذا في مسئلتنا لما باشر الشريك السبب
اي علة العتق وهي شرا قريب الاخر معه كان ذلك منه رضا بنفي الضمان وان لم يعلم ان العبد ذا رحم محرم
من صاحبه قال شمس الايمة السرخسي في الجامع الصغير ثم هو في هذه المثنا ركة مباشر سبب اسقاط حقه
في الضمان ولا يختلف ذلك بعلمه وجهله بمنزلة الغاصب اذا اطعم المغصوب للمغصوب منه فتناوله
وهو لا يعلم ان هذا الطعام طعامه لا يكون له ان يضمن الغاصب شيا قوله وان بدا الاجنبي فاشترى
نصفه ثم اشترى الاب النصف الاخر فالاجنبي بالخيار ان شا ضمن الاب وهذه من مسايل الجامع الصغير
ويضمن الاب في هذه الصورة في قولهم جميعا لان الرضا لم يوجد من الشريك لعدم مشاركته مع الاب فيما
هو علة العتق وقد اتفقوا في الضمان واختلفوا في الخيار فعند ابي حنيفة الشريك بالخيار ان شا
ضمن الاب ان كان موسرا وان شا استسعى العبد لاحتباس المالية عنده وان شا اعتقه وعندهما ان
كان موسرا ضمنه الشريك وان كان معسرا استسعى العبد كالخلاف في عبد بين اثنين اعتقه احدهما
قوله ومن اشترى نصف ابنه وهو موسر فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة وقالا يضمن وهذه من
مسايل الجامع الصغير قال صاحب الهداية معناه اذا اشترى نصفه ممن يملك كله فلا يضمن لبايعه
شيا عند ابي حنيفة لانه رضي بافساد نصيبه لمشاركته فيما هو علة العتق وعندهما يضمن لانه ابطل
نصيب صاحبه بالاعتاق وهذا الدليلان اراد بهما بقوله في المتن والوجه قد ذكرناه وقيد
بقوله ممن يملك كله لانه اذا اشترى نصيب احد الشريكين يضمن للساكت بالاتفاق كما في المسئلة المتقدمة
قوله واذا كان العبد بين ثلاثة دبره احدهم وهو موسر ثم اعتقه الاخر وهو موسر فارادوا
الضمان الى اخره وهذه من مسايل الجامع الصغير المعادة وانما قال ارادوا بصيغة الجمع بسبيل التغليب

وبهذا لان المعتق لا يريد الضمان اعلم ان العبد اذا دبره احدهم ثم اعتقه الاخر وهما موسران كان
للساكت ان يضمن المدبر ثلث قيمته قنا ويرجع به المدبر على العبد نص عليه الحاكم في الكافي وليس له
ان يضمن المعتق لانه لو ضمنه كان الملك له بالضمان والمدبر ليس بقابل للملك سوى المدبر وانما يضمن
الساكت المدبر اذا كان موسرا وان شاء استسعى العبد في ثلث قيمته فاذا كان المدبر معسرا فللساكت
الاستسعاء دون التضمين ثم المدبر في نصيب نفسه يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا ان كان المعتق
موسرا وان شاء استسعى العبد فيه لانه افسد تدبيره فيضمنه ومالية العبد احتبست عند
العبد فيستسعيه ان كان المعتق معسرا فللمدبر استسعاء العبد دون التضمين كذا قال الفقيه
ابو الليث في شرح الجامع الصغير وليس للمدبر ان يرجع على المعتق بالثلث الذي ضمن للساكت لان ملك
المدبر في ذلك الثلث ثابت من وجه دون وجه وذلك لانه ثبت مستندا باداء الضمان فبالنظر
الى حال اداء الضمان يثبت له الملك وبالنظر الى حال التدبير لم يثبت له الملك فلما كان كذلك لم يظهر في
حق التضمين ثم الساكت اذا اختار تضمين المدبر كان ثلثا الولاء للمدبر والثلث للمعتق وان اختار
سعاية العبد كان الولاء بينهم اثلاثا وبه صرح الفقيه وهذا كله قول ابي حنيفة رضي الله عنه اما على
قولهما لما دبره احدهم صار كله مدبرا له والعتق باطل لان التدبير عندهما لا يتجزى كالاعتاق وله
عندهما ويضمن ثلثي قيمته لشريكه سواء كان المدبر موسرا او معسرا والولاء كله للمدبر وانما يقع الفرق بين
العتق والتدبير في حرف وهو ان المعتق لا يضمن اذا كان معسرا وفي التدبير يضمن وان كان معسرا
وفي التدبير يضمن وان كان معسرا لانه لما دبره فقد ملكه كله لانه يملك كسبه وخدمته فصار وجوب
الضمان بالبدل والضمان اذا كان بالبدل استوى فيه العسر واليسر كجارية بين رجلين جاءت
بولد فادعاه احدهما صارت ام ولد له ويضمن نصف قيمتها ونصف عقرها موسرا كان او معسرا
لانه يملك كسبها واستمتاعها بخلاف ضمان الاعتاق فانه ضمان اتلاف لا ضمان تملك لانه لا يحصل له البدل
بالضمان فاختلف باليسر والعسر بالحديث ان كان غنيا ضمن وان كان فقيرا سعى العبد **قوله**
لانه شعبة من شعبه اي لان التدبير شعبة من شعب الاعتاق فيكون معتبرا به اي يكون التدبير
معتبرا بالاعتاق يعني يتجزى كما يتجزى الاعتاق **قوله** لان نصيبه باق على ملكه الضمير المجرور
في الموضعين راجع الى كل واحد من الاخرين **قوله** فاسدا حال من ملكه **قوله** بافساد
شريكه اي شريك كل واحد منهما واراد بالشريك المدبر **قوله** حيث سد عليه طرق [illegible]
الانتفاع به بيان الافساد اي سد المدبر على كل واحد من الشريكين طرق الانتفاع بالعبد من
البيع والهبة والوصية والصدقة والامهار **قوله** على ما مر اشارة الى قوله لان المعتق جان
عليه بافساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة ونحو ذلك ذكره في المسئلة الثانية من هذا
الباب **قوله** فتوجه للساكت سببا ضمان وفسر السببين بتدبير المدبر واعتاق المعتق يعني
ان كل واحد منهما سبب للضمان **قوله** عيران له اي للساكت **قوله** اذ هو الاصل اي ضمان
المعاوضة هو الاصل في الضمان لان الضمان يقتضي ان يصير المضمون ملكا للضامن ولا يكون ذلك
الا في ضمان المعاوضة لا في ضمان الجناية وقد امكن ذلك في ضمان التدبير لانه حين دبر كان نصيب
الساكت محتملا للتملك بالضمان ولم يمكن في ضمان الاعتاق لانه حين اعتق لم يكن نصيبه محتملا للتملك
بسبب التدبير السابق فلو اوجبنا الضمان على المعتق للساكت لكان ضمان جناية فلا يصار اليه الا عند
تعذر ضمان المعاوضة ولم يتعذر لانه يضمن المدبر ولهذا جعل ضمان الغصب ضمان المعاوضة
حتى صح اقرار المأذون به بان قال غصبت من فلان فلما جعل الغصب ضمان معاوضة مع انه

ليس بمشروع فلان يكون التدبير اولى وهو مشروع **قوله** ولا يمكن ذلك اي لا يمكن النقل من
ملك الى ملك حين اعتقه المعتق بسبب التدبير السابق **قوله** عند ذلك اي عند الاعتاق **قوله**
على اختلاف الاصلين يعني ان معتق البعض مكاتب عند ابي حنيفة وعندهما حر عليه دين **قوله**
لانه افسد عليه نصيبه مدبرا اي لان المعتق افسد على المدبر نصيبه الذي دبره **قوله**
وقيمة المدبر ثلثا قيمته قنا بيانه ان العبد لو كان قيمته سبعة وعشرين دينارا مثلا يضمن المدبر
حصة الساكت تسعة لانها ثلث قيمته قنا والمعتق يضمن حصة المدبر ستة لان قيمة المدبر ثلثا
قيمة القن والثلثان من سبعة وعشرين ثمانية عشر ونصيب الذي دبر ثلث ذلك وهو ستة لا
محالة ولا يضمن المدبر المعتق التسعة التي ملكها بالضمان لما مر ثم اعلم ان في قيمة المدبر اختلاف المشايخ
قال ابو القسم البلخي قيمته نصف قيمة القن لانه ينتفع بالمملوك على وجهين بعينه وببدله فالانتفاع
ببدله فائت والانتفاع بعينه باق كذا في النوازل وقال بعضهم تمام قيمة القن قال الصدر
الشهيد هذا غير سديد وذكر القاضي الامام علي السغدي في فوائده قيمته ثلثا قيمة القن لان
منفعة الوطي والسعاية باقية ومنفعة البيع زائلة وقيمة ام الولد ثلث قيمة القن وقال بعضهم
قيمته قيمة الخدمة ينظر بكم يستخدم هو مدة عمره من حيث الحزر والظن كذا في التتمة والفتاوي الصغرى
قوله على ما قالوا اشارة الى اختلاف المشايخ الذي بيناه **قوله** ولا [illegible] يضمنه اي لا يضمن المدبر
المعتق الثلث الذي ملكه باداء الضمان الى الساكت **قوله** لان ملك المدبر في نصيب الساكت يثبت
مستندا اي الى وقت التدبير ثابت من وجه اي نظرا الى حال اداء الضمان دون وجه اي ليس بثابت
من وجه نظرا الى حال التدبير **قوله** والولاء بين المعتق والمدبر اي بين عصبة المدبر والمعتق
لان العتق لا يثبت للمدبر الا بعد موت مولاه **قوله** ثلثاه للمدبر والثلث للمعتق اي ثلثا الولاء
لان العبد عتق على ملكهما على هذا الوجه لان المدبر عتق عليه الثلث من جهة ملكه من الساكت والثلث
الاخر نصيبه في الاصل هذا اذا اختار الساكت تضمين المدبر اما اذا اختار سعاية العبد فالولاء بينهم
جميعا اثلاثا لكل واحد منهم الثلث وقد مر **قوله** واذا كانت جارية بين رجلين زعم احدهما
انها ام ولد لصاحبه فهي موقوفة يوما ويوما تخدم المنكر عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا
ان شاء المنكر استسعى الجارية في نصف [illegible] قيمتها ثم تكون حرة لا سبيل عليها وهذه من مسائل
الجامع الصغير المعادة والمراد من كونها موقوفة يوما ان ترفع عنها الخدمة يوما وان لا يكون للمقر
عليها سبيل وهذا الذي ذكره من قول ابي يوسف هو قوله اولا وقد رجع عنه الى قول ابي حنيفة
هكذا نص الحاكم الشهيد في الكافي اما جنايتها فموقوفة عند ابي حنيفة وعلى قول ابي يوسف اولا
وهو قول محمد تسعى في جنايتها بمنزلة المكاتب وتاخذ الجناية عليها فتستعين بها كذا في الكافي ايضا
وذكر في المختلف في باب محمد ان نفقتها في كسبها [illegible] فان لم يكن لها كسب نفقتها على المنكر ولم يذكر في النفقة
الخلاف وقال ابو الحسن علي بن محمد بن علي في شرحه للمنظومة وهو تلميذ ظهير الدين المرغيناني
نصف كسبها للمنكر ونصفه موقوف ونفقتها من كسبها وان لم يكن لها كسب فنصف نفقتها على المنكر
لان نصف الجارية للمنكر يقينا وقال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير اختلف
مشايخنا في الخدمة للمنكر يوما هل هو ثابت عندهما ام لا ثم قال والصواب عندنا ان يكون ذلك
عند ابي حنيفة خاصة فاما عندهما فلا خدمة للمنكر عليها وجه قول ابي يوسف الاول وهو قول
محمد ان المقر لما لم يصدق في اقراره انقلب اقراره على نفسه فصار كانه اعتق الجارية وصار
كالمستولدة لعجز المنكر عن استخدام الجارية في نصيب نفسه فلما عجز عن الاستخدام تعين الاستسعاء

لتحدد ايجاب الضمان على المقر للمنكر لان المقر يدعي الضمان على المنكر ولا تسعى للمقر لانه يدعي
ضمان التملك على الشريك لا السعاية الا ان الضمان لا يثبت لانكار الشريك والسعاية هنا كسعاية ام
الولد للنصراني اذا اسلمت لانه لما عجز عن استخدامها لاسلامها استسعاها لتخرج الى المعتق بالسعاية
نظرا للجانبين لان ملك النصراني محترم فلا يجوز ان يبطل مجانا ووجه قول ابي حنيفة وهو قول ابي
يوسف المرجوع اليه ان المقر لا يخلو من احد الامرين اما ان كان صادقا او كاذبا فان كان صادقا
فخدمة لا بامر كلها للمنكر لانها ام ولده وان كان كاذبا فنصف الخدمة للمنكر لانها قنة بينهما
والنصف بيقين فثبت ويكون النصف الاخر موقوفا ولا تسعى الجارية للمنكر لان المقر ان كان له
صادقا كانت كلها ام ولده ولا سعاية على ام الولد وان كان كاذبا فهي قنة بينهما فلا سعاية عليها
بحال اما المقر فلا تخدمه الجارية ولا تسعى له لانه لما ادعى استيلاد شريكه تبرا عن خدمتها ولما ٢
ادعى الضمان عليه تبرا عن سعايتها فعلم بهذا ان في قول صاحب الهداية لغا ونشرا وهو قوله
ولا خدمة للشريك الشاهد ولا استسعاء لانه يتبرا عن جميع ذلك بدعوى الاستيلاد والضمان فافهم
وهنا يحتاج الى زيادة البيان قد ذكرها الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير وهي ان المنكر اذا
مات عتقت الجارية بشهادة الاخر ولا سعاية عليها للشاهد وتسعى لورثة المنكر في نصف قيمتها في
قول ابي حنيفة رضي الله عنه **قوله** والاقرار بامومية الولد يتضمن الاقرار بالنسب هذا
جواب عن قولهما انقلب اقرار المقر عليه كانه استولدها يعني لا نسلم الانقلاب لان الاستيلاد
يتضمن النسب والنسب لا ينفسخ ولا يرتد كما اذا اقر بنسب صغير لغيره فكذبه المقر له ثم اقر المقر
بنسبه لنفسه لا يصح فكذا هنا لكنا نجعل المقر صادقا في حق نفسه لا سندا بامر نفسه **قوله**
وان كانت ام ولد بينهما فاعتقها احدهما وهو موسر فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة وقالا يضمن نصف
قيمتها وهذه من خواص الجامع الصغير صورته جارية بين رجلين ولدت ولدا فادعياه جميعا
فصارت ام ولد لهما ثم اعتقها احدهما وهو موسر لا ضمان عليه عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف
ومحمد ان كان المعتق موسرا يضمن نصف قيمتها وان كان معسرا سعت للساكت في نصف القيمة
والاصل في المسئلة ان ام الولد ليست بمتقومة عند ابي حنيفة ومتقومة عندهما لهما انها كانت
متقومة قبل الاستيلاد ولم يثبت بالاستيلاد الا حق العتق لا حقيقة العتق فلا يزول التقوم
باستحقاق العتق لعدم التنافي كالمدبر يوضحه ان المستولد يطاها ويواجرها ويستخدمها كرها فعلم
ان التقوم لم يزل والوطي لم يشرع الا باحد الملكين ملك النكاح وملك اليمين والاول منتف هنا
فتعين الثاني وملك اليمين لا يكون الا في مال متقوم ولهذا تسعى ام ولد النصراني اذا اسلمت
بالاتفاق والسعاية انما تكون اذا بقي التقوم ولابي حنيفة رضي الله عنه ان التقوم يبتني على
الاحراز ولهذا لا يثبت التقوم في الصيد والحشيش والماء قبل الاحراز وام الولد لا تحرز للحراز
الاموال بل تحرز احراز المنكوحات لانها تحصن وتحرز للنسب ولهذا تصير فراشا بعد الاستيلاد
اتفاقا ولم يصح قياسها على ما قبل الاستيلاد فدل ان التقوم زال عنها ولهذا لا تسعى لغريم ولا وارث
بخلاف المدبر فانه يسعى لغريم وكذا الوارث اذا لم يخرج من الثلث فيفسد القياس على المدبر
وفي ام الولد للنصراني اذا اسلمت حكمنا بحريتها بالسعاية نظرا للجانبين حتى لا تبقى المسلمة تحت
الكافر ولا يبطل الملك المحترم مجانا فكانت في معنى المكاتبة وبدل الكتابة لا يقتضي التقوم لانه
مشروع بمقابلة ما ليس بمال وهو فك الحجر فلم يدل سعاية ام ولد النصراني على التقوم
قوله وعلى هذا الاصل تبتني عدة من المسايل اوردناها في كفاية المنتهي وكفاية المنتهي اليوم

مفقود

مفقودة في هذه الديار ولكن المسايل المبتناة على هذا الاصل مشهورة مذكورة في الكتب قال
فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير وكذلك على هذا الاختلاف ام ولد بين اثنين مات
احدهما حتى عتقت لم تسع للاخر عند ابي حنيفة وسعت عندهما وكذلك ام ولد بين اثنين ولدت
ولدا فادعاه احدهما يثبت النسب منه ولا شي عليه لشريكه من ضمان ولا سعاية وقالا
يضمن نصف قيمتها لشريكه ان كان موسرا او تسعى في نصف قيمتها ان كان معسرا بخلاف المدبر
في هذا كله وكذلك رجل باع امة حاملا فولدت لاقل من ستة اشهر بعد البيع ثم ماتت
الام عند المشتري فادعى البايع الولد يصح وعلى البايع ان يرد جميع الثمن ولا يحبس بازاء الام
شيا عند ابي حنيفة وعندهما يحبس حصتها من الثمن وكذلك على هذا الاختلاف رجل غصب
ام ولد رجل فهلكت عنده لم يضمن شيا عند ابي حنيفة وضمن قيمتها عندهما **قوله**
وهذا ية التقوم اي وجوب السعاية على ام ولد النصراني علامة تقوم ام الولد **قوله**
غيران قيمتها ثلث قيمة القنة على ما قالوا اي على ما قال مشايخنا يعني ان ام الولد متقومة عندهما لكن قيمتها
ثلث قيمتها اذا كانت قنة لان الغاية منها منفعتان وهما البيع والسعاية والباقي منفعة واحدة
وهي الاستخدام وما شابهه من الوطي والاجارة وفي المدبر فاتت منفعة البيع فحسب فكان قيمة
كل منهما على حسب ما فات **قوله** والاحراز للتقوم تابع له اي للنسب يعني انها كانت محرزة للمالية
والتقوم قبل الاستيلاد فلما احرزت بعد الاستيلاد للنسب كان الاحراز للتقوم تبعا لانه ظهر
ان احرازه كان للنسب فصار كان الاحراز للتقوم لم يوجد اصلا فلم يبق مضمونا **قوله**
ولهذا لا تسعى لغريم ولا لوارث ايضاح لكونها محرزة للنسب لا للتقوم **قوله** وهذا لان
السبب فيها متحقق في الحال اشارة الى قوله لا تسعى يعني انها انما لا تسعى لان سبب الحرية متحقق
في الحال وهو ثبوت الجزئية بين المولى وام الولد بواسطة الولد لانه لما حصل الولد
منهما بين لا يعتاز احدهما من الاخر صارا اصوله وفروعه كاصولها وفروعها وبالعكس
وثبوت الجزئية يقتضي ان لا تكون ام الولد قنة متقومة لان ارقاق الجز حرام فلا تسعى
لانتفاء التقوم فيها بخلاف المدبر اولم يوجد فيه ما ينفي التقوم لعدم الجزئية **قوله** وفي
المدبر ينعقد السبب بعد الموت اي سبب الحرية وهذا تناقض من صاحب الهداية في كلامه
لانه جعل التدبير هنا سببا بعد الموت وجعله في باب التدبير سببا في الحال ومذهب
علمائنا ان التدبير سبب في الحال بخلاف ساير التعليقات فانها ليست باسباب في الحال عندنا
وسيجي الكلام فيه في ذلك الباب ان شاء الله تعالى **قوله** وامتناع البيع فيه ليتحقق مقصوده
اي مقصود المولى ذكر هذا جوابا لسوال يرد على ما قال بقوله ينعقد السبب بعد الموت
بان يقال اذا كان السبب ينعقد بعد الموت فلم قلتم بامتناع بيعه فاجاب عنه وقال الامتناع
لتحقق مقصود المولى من التدبير وهو الحرية وان كان السبب لم ينعقد في الحال فلم يدل
على سقوط التقوم **قوله** وفي ام ولد النصراني مر بيانها انفا

باب عتق احد العبدين

لما فرغ عن
بيان اعتاق بعض عبد واحد شرع في اعتاق احد العبدين لان احدهما بعض ايضا لكن
قدم الاول لكون الواحد مقدما على الاثنين **قوله** ومن كان له ثلاثة اعبد دخل عليه
اثنان الى اخره وهذه من خواص الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
رضي الله عنه في رجل له ثلاثة اعبد دخل عليه اثنان منهم فقال احدكما حر ثم خرج احدهما

ودخل اخر فقال احدكما حر وذلك في حال الصحة ثم مات قبل البيان عتق نصف الاول وثلاثة
ارباع الثاني ونصف الداخل ومحمد يعتق ربع الداخل فان كان ذلك في المرض كان الثلث بينهم على هذا
ثم اعلم ان العبد الذي خرج نسميه خارجا والذي لم يخرج نسميه ثابتا والذي دخل نسميه داخلا فبعد ذلك
نقول الخارج يعتق منه النصف والثابت يعتق منه ثلاثة الارباع بالاتفاق وبيانه ان الايجاب
الاول اوجب عتق رقبة دائرة بين الخارج والثابت حيث يحتمل ان يراد به هذا او ذاك وليس
احدهما باولى من الاخر فتنصف بينهما عتق رقبة فاصاب كلا منهما النصف لكن الثابت عتق
منه ربع اخر بالايجاب الثاني لانه اوجب عتق رقبة بين الداخل والثابت فتنصف بينهما لعدم
الاولوية لكن النصف الذي اصاب الثابت شاع في نصفيه فما اصاب نصفه المستحق
بالعتق بالايجاب الاول لغا وما اصاب غير المستحق صح فتنصف النصف الشايع فعتق بالايجاب
الثاني ربع الثابت وبالايجاب الاول نصفه فيكون ثلاثة ارباع ولان الايجاب الثاني لو اريد
به الثابت يعتق نصفه الباقي ولو اريد الداخل لا يعتق النصف الباقي من الثابت فاذن
يعتق من الثابت نصفه الباقي في حال دون حال فيتنصف النصف فيعتق بالايجاب الثاني
ربعه ولا يقال لم لا يجعل الايجاب الثاني بيانا على ان المراد بالايجاب الاول هو الثابت لانا نقول
لئلا يلزم ابطال حرية مستحقة للخارج عند محمد ولا نعدم حريته تاركه في العين عند التكلم بالكلام
الثاني عند ابي يوسف رحمه الله واما الداخل ففيه اختلاف كما ذكرنا وجه قول محمد ان الايجاب
الثاني دائر بين الثابت والداخل وقد اصاب منه الربع الثابت بالاتفاق فينبغي ان يصيب
الداخل كذلك ولان الايجاب الثاني يصح في حال دون حال لان الثابت لو اريد بالايجاب الاول
لا يصح الثاني لانه يصير كانه قال لعبده ولحر احدكما حر فيلغوا ولو لم يكن الثابت مرادا بالايجاب
الاول يصح الايجاب الثاني فاذن يطرح من الايجاب الثاني نصفه فيقع به عتق نصف رقبة
دائرة بين الداخل والثابت فيصيب كل واحد منهما الربع ووجه قولهما ان الايجاب الثاني
لو اريد به الداخل عتق ولو اريد به الثابت يعتق الباقي منه ولا يعتق الداخل فاذن عتق الداخل
في حال دون حال فتنصف العتق بينهما فعتق نصف الداخل وكان ينبغي ان يعتق النصف
الباقي من الثابت ايضا الا ان النصف الذي اصابه شاع في نصفيه فما اصاب النصف
المعتق لغا وما اصاب النصف الباقي صح فتنصف النصف ونصف النصف الربع وان كان
هذا القول في المرض فان كانوا يخرجون من الثلث فالجواب هكذا وان لم يخرجوا كان الثلث
وهو عتق رقبة يقسم بينهم على قدر سهام وصاياهم لان العتق حينئذ وصية والوصية تنفذ
من الثلث فيضرب كل بقدر وصيته فيجعل اولا كل رقبة على اربعة اسهم لحاجتنا الى ثلاثة
الارباع فالخارج يضرب بنصف الرقبة وهو سهمان فكذا الداخل ويضرب الثابت بثلاثة
الارباع وهي ثلاثة اسهم فمجموع سهام الوصايا سبعة فاذا كان الثلث سبعة كان جميع المال
احدا وعشرين وثلثاه اربعة عشر لا محالة فيعتق من الخارج سهمان ويسعى في الخمسة له
وكذلك الداخل ويعتق من الثابت ثلاثة اسهم ويسعى في الاربعة اما على قول محمد يضرب
الخارج بسهمين والثابت بثلاثة اسهم والداخل بسهم فكان سهام الوصايا ستة فاذا كان
الثلث ستة كان جميع المال ثمانية عشر لا محالة فالخارج يعتق منه سهمان ويسعى في اربعة
والثابت يعتق منه الثلاثة ويسعى في ثلاثة والداخل يعتق منه سهم ويسعى في خمسة
فكان نصيب السعاية وهو نصيب الورثة اثني عشر وسهام الوصايا ستة هذا اذا مات

المولى اما اذا لم يمت المولى ومات الثابت عتق الخارج والداخل اما الخارج فلان الكلام الاول اوجب
عتق رقبة بينه وبين الثابت فبطلت مزاحمة الثابت وكذلك الكلام الثاني اوجب عتق رقبة بين الثابت
والداخل فبطلت مزاحمة الثابت هذا عندهما واما عند محمد فانما يعتق الخارج لما قلنا واما الداخل
فلان الثابت لما تعين للرق بالموت ظهر ان الكلام الثاني صحيح بكل حال فصار قوله كقوله لهما فان
مات الداخل قبل المولى اوقع العتق الاول على ايهما شئت من الخارج والثابت فان اوقعه على
الخارج عتق الثابت ايضا لانه ظهر انه كان عبدا عند الايجاب الثاني فبطل مزاحمة الداخل
بموته وان اوقع العتق الاول على الثابت لم يعتق الخارج بلا شبهة وكذا الداخل لان المضموم
اليه حر قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الزيادات هذا عندهما فاما عند محمد فيجب ان يعتق
الخارج والثابت لان الكلام الثاني صحيح تعين له الثابت بموت الداخل فوجب تعين الثابت
الخارج بالكلام الاول وان مات الخارج تعين الثابت بالكلام الاول وبطل الكلام الثاني لان المضموم اليه حر اما
اذا لم يمت المولى والعبد ايضا وبين المولى فان عين الخارج بالكلام الاول خير في الاخرين لان الكلام الثاني صحيح
بكل حال على هذا الوجه وان عين الثابت في الخارج عبد او كذا الداخل لان المضموم اليه حر وان عين الثابت
بالكلام الثاني عتق الخارج بالكلام الاول ولم يعتق الداخل وان عين الداخل بالكلام الثاني خير في
تعيين الخارج او الثابت بالكلام الاول **قوله** الذي اعيد عليه القول اراد بالقول قوله احدكما حر
وبالذي اعيد عليه القول الثابت **قوله** في العبد الاخر وهو الداخل **قوله** لان الثاني اي
الايجاب الثاني دائر بينه اي بين الثابت وبين الداخل **قوله** بالثاني في نصفيه اي بالايجاب الثاني في
نصفي الثابت **قوله** فما اصاب المستحق بالاول لغا اي الذي اصاب من النصف الشايع النصف
المستحق بالايجاب الاول لغا والمستحق بفتح الحاء اي المستحق بالعتق **قوله** فيكون له الربع اي للثابت
والربع نصف النصف **قوله** لو اريد هو اي الثابت بالثاني اي بالايجاب الثاني **قوله**
نصفه اي نصفه الباقي والضمير راجع الى الثابت **قوله** ولو اريد به اي بالايجاب الثاني **قوله**
لا يعتق هذا النصف اي النصف الباقي من الثابت **قوله** ومن الاخرين بفتح الخاء اراد بهما الخارج
والداخل **قوله** استقام الثلث والثلثان لان سهام الوصايا سبعة وسهام السعاية اربعة عشر **قوله**
ولو كان هذا في الطلاق وهن غير مدخول بهن اي لو كان هذا الكلام في الطلاق وهي مسئلة الزيادات
تخرج بها محمد عليهما وهي ان رجلا له ثلاث نسوة ولم يدخل بهن قط فقال لامرأتين منهن احدكما طالق ثم خرجت
واحدة منهما ودخلت الثالثة فقال احداكما طالق ثم مات قبل البيان فنقول الكلام الاول صحيح لا محالة
يسقط به نصف الصداق للطلاق قبل الدخول موزعا بين الخارجة والثابتة فيسقط من مهر كل
واحدة منهما الربع اما الكلام الثاني فانه يصح في حال لانه لو اريدت الخارجة بالكلام الاول يصح الكلام
الثاني ولو اريدت الثابتة بالكلام الاول لا يصح الكلام الثاني لانه حينئذ يصير جامعا بين المطلقة
والمنكوحة بقوله احداكما طالق فيلغوا فلو كان صحيحا لسقط نصف المهر موزعا بين الثابتة والداخلة
ولو لم يكن صحيحا لم يسقط بذلك الكلام شيء اصلا فيسقط نصف النصف وهو الربع موزعا بينهما فيصيب
كل واحدة منهما الثمن لان نصف الربع الثمن فيسقط من مهر الخارجة ربعه بالكلام الاول ويبقى لها
ثلاثة الارباع ويسقط من مهر الثابتة بالكلام الاول الربع وبالكلام الثاني الثمن فذلك ثلاثة اثمان
لان الربع ثمنان ويبقى لها خمسة اثمان مهرها ويسقط من مهر الداخلة الثمن بالكلام الثاني ويبقى
لها سبعة اثمان ثم قال محمد رحمه الله الكلام الثاني دائر بين الثابتة والداخلة فكما سقط من مهر
الثابتة الثمن بالكلام الثاني يسقط من مهر الداخلة ايضا كذلك ايضا فينبغي ان يكون في باب

العتاق ايضا كذلك حتى يكون نصيب الداخل من الحرية بالكلام الثاني مثل نصيب الثابتة به وهو الربع لا
النصف وجوابه قال الشيخ ابو المعين النسفي في شرح الجامع ومسئلة الزيادات وهي مسئلة الطلاق مختلفة
عند بعض مشايخنا والمذكور فيه قول محمد يعني يسقط من مهر الداخلة على قولهما الربع لا الثمن ويبقى
لها ثلاثة الارباع ومسئلة عند بعض مشايخنا واليه ذهب الشيخ ابو سهل الشرغي في شرحه الجامع الكبير
وفرق بان الثابتة بمنزلة المكاتب لانه حين تكلم كان له حق البيان وصرف العتق الى ايهما شاء من الثابت
والداخل فما دام له حق البيان كان كل واحد من العبدين بمنزلة المكاتب لانه حر من وجه عبد من وجه
فاذا كان الثابت كالمكاتب كان الكلام الثاني صحيحا من كل وجه لانه دار بين المكاتب والعبد الا انه اما
الثابتة من الحرية الربع به والداخل النصف لما قلنا فاما الثابتة في باب الطلاق فمترددة بين ان
تكون منكوحة وبين ان تكون اجنبية لان الخارجة لو كانت هي المرادة بالكلام الاول كانت الثابتة
منكوحة فيصح الكلام الثاني وان كانت الثابتة مرادة بالكلام الاول كانت اجنبية فيلغو الكلام
الثاني فجعلت اجنبية من وجه دون وجه فصح الكلام الثاني من وجه دون وجه فيسقط نصف
النصف وهو الربع موزعا بين مهر الداخلة والثابتة فنصيب كل واحد منهما الثمن قال الشيخ ابو المعين
في شرح الجامع ثم هذا عند ابي حنيفة مستقيم فان الثابت بمنزلة المكاتب لان اكثر ما في الباب ان
بعضه عتق ومعتق البعض كالمكاتب عنده ومستقيم عند محمد ايضا لان معتق البعض حر كله
وليس كالمكاتب ولهذا قال انه حر في حال ورقيق في حال ومشكل من حيث الظاهر على قول ابي يوسف
فان العتق عنده غير متجزي ومع هذا جعل الدائر بين الرق والحرية بمنزلة المكاتب حتى حكم بصحة الكلام
الثاني وحل الاشكال ان الثابت عنده صار حرا كله بعد موت المولى لما عتق نصفه كما هو اصله لا
ان المولى حين تكلم كان الايجاب صحيحا لانه ما دام حيا كان له ولاية البيان وصرف العتق الى ايهما شاء
فكان كل واحد بمنزلة المكاتب لتردد حاله اذ ما دام هذا حاله لم يثبت فيه شيء من الحرية بيقين
ومعتق البعض انما يكون حرا كله عنده اذا ثبت فيه شيء من الحرية بيقين ولم يثبت هنا قبل موت
المولى شيء من الحرية في الثابت باليقين فكان مترددا بين الرق والحرية فكان كالمكاتب ثم اعلم ان
ميراث النساء وهو الربع او الثمن ينقسم بين الداخلة والاوليين نصفين نصفه للداخلة لانه لا
يزاحمها الا احدى الاوليين والنصف الاخر بين الاوليين لان احداهما ليست باولى **قوله** وقد
ذكرنا الفرق اي بين العتاق والطلاق وتمام تفريعاتها في الزيادات بنصب التمام عطفا على الفرق
وتفريعات المسئلة في العتاق قد بينا لها اذا مات بعض العبيد او لم يمت منهم احد لكن المولى
عين اما تفريعاتها في الطلاق فمنها حكم الميراث قد بيناه ايضا ومنها ان الثابتة لو ماتت والزوج
حي طلقت الخارجة والداخلة لما قلنا من انعدام المزاحمة في العتاق ولكل واحدة ثلاثة ارباع المهر
وان ماتت الداخلة كان مخيرا في الاخر بين الكلام الاول فان اوقعه على الخارجة طلقت الثابتة
ايضا لانعدام مزاحمة الداخلة بالموت وان اوقعه على الثابتة لم تطلق الخارجة وان ماتت الخارجة
طلقت الثابتة ولم تطلق الداخلة لما مر في مسئلة العتاق ومنها ان لم يمت واحدة منهن لكن
الزوج اوقع الطلاق الاول على الخارجة صح الكلام الثاني وله الخيار في تعيين الثابتة او الداخلة
بالثاني وان اوقع الطلاق الاول على الثابتة لغا الكلام الثاني وان اوقع الطلاق الثاني على الداخلة
كان له الخيار في تعيين الخارجة او الثابتة بالكلام الاول وفي التفريعات بعد وفي الزيادات
في باب من الطلاق الذي يقع على امراة بغير عينها ثم يكون عليها بعينها **قوله** ومن قال
لعبديه احدكما حر فباع احدهما وهذه من مسايل الجامع الصغير المعادة وصورتها فيه محمد

عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل قال لعبديه احدكما حر ثم باع احدهما قال
يعتق الاخر وان مات احدهما عتق الاخر وان قال لاحدهما انت حر بعد موتي عتق الاخر
وكذلك لو قال لامرأتيه احداكما طالق ثم ماتت احداهما طلقت الاخرى قال الحاكم الشهيد في
الكافي لو قال لعبديه احدكما حر ثم مات احدهما او قتل او باعه او وهبه او دبره عتق الباقي
اعلم انه اذا قال لعبديه احدكما حر او قال هذا حر او هذا او سماهما فقال سالم حر او مبارك يؤمر
بالبيان لانه المجمل فيصرف العتق الى ايهما شاء ثم البيان يثبت صريحا ودلالة فالاول كقوله
اخترت ان يكون هذا حرا باللفظ الذي قلت او يقول انت حر بذلك العتق او يقول اعتقتك
بالعتق السابق والثاني كما اذا باع احدهما مطلقا او بشرط الخيار لاحد المتبايعين او باع بيعا
فاسدا وقبضه المشتري على ما ذكره في شرح الطحاوي وتحفة الفقهاء او لم يقبضه على ما ذكره في
الفتاوى الولوالجي او كاتب او دبر او رهن او اجر فانه يكون بيانا في هذا كله ولو استخدم احدهما
او قطع يد احدهما او جنى على احدهما لا يكون بيانا في قولهم كذا في شرح الطحاوي وان اعتق احدهما
عتقا مستانفا يعتقان جميعا هذا باعتاقه وذاك باللفظ السابق وان قال عنيت به العتق
باللفظ السابق صدق في القضاء كذا في شرح الطحاوي ثم اعلم انه لما وجب عليه بيان العتق في
احدهما وقد خرج احدهما عن ملكه بالموت والاعتاق والبيع تعين الباقي للعتق المبهم لان البيان
اظهار وفيه شبهة الانشاء فلم يبق الذي خرج عن ملكه محلا للانشاء وانما قلناه لان قوله احدكما نكرة
في الاصل معرفة بالاضافة ومن حيث هو غير معين نكرة ومن حيث انه لا يعدو هذه الجملة معرفة
ويحتمل ان يراد به العين فيكون البيان اظهارا محضا ويحتمل ان يراد به غير المعين فيكون البيان له
انشاء وكان البيان انشاء من وجه اظهارا من وجه وبالخروج عن الملك بطل محل الانشاء فتعين له
الاخر وبالتدبير ● والاستيلاد قصد الانتفاع الى وقت الموت فتعين المقصود بالانتفاع بالملك
وتعين الاخر للعتق ولانه لما تصرف تصرفا يختص بالملك كالبيع والتدبير والكتابة والرهن
والاجارة فقد عين الذي تصرف فيه لملكه فتعين الاخر للعتق دلالة وروي في الفتاوى الولوالجي
عن محمد رحمه الله فيمن قال احد هذين ابني او قال احدى هاتين ام ولدي فمات احدهما لم يتعين له
القائم للحرية والاستيلاد لان كلامه اخبار بصيغته فصح اظهاره في الميت بخلاف ما نحن فيه
فان البيان فيه معنى الانشاء والميت ليس بمحل للانشاء **قوله** والعتق من جهته بالبيع اي لم
يبق العبد بالبيع محلا للعتق من جهة الذي قال احدكما حر فتعين الاخر **قوله** وللعتق من
كل وجه بالتدبير اي لم يبق العبد محلا للعتق الملتزم من كل ● وجه بعد التدبير لان المدبر
استحق الحرية فتعين الاخر دلالة **قوله** والمقصود ان ينافيان العتق الملتزم اي المقصود
بالبيع وهو الوصول الى الثمن والمقصود بالتدبير وهو ابقاء الانتفاع الى الموت كلاهما ينافي
العتق الملتزم لانه يلزم من اثبات احدهما عدم الاخر فلما ثبت المنافي للعتق في احدهما
تعين الاخر للعتق دلالة **قوله** وكذا اذا استولد احداهما للمعنيين يعني اذا وطئ
احدى الامتين بعد قوله لهما احداكما حرة يتعين الاخرى للعتق اذا علقت منه وانما
قيدنا بالعلوق لان مجرد الوطء ليس ببيان عند ابي حنيفة في العتق كما يجيء بعد هذا
واراد بالمعنيين ما قلنا في التدبير وهما عدم بقائها للعتق من كل وجه بعد الاستيلاد
لانها استحقت الحرية وابقاء الانتفاع الى الموت **قوله** ولا فرق بين البيع الصحيح والفاسد مع
القبض وبدونه اي بدون القبض في البيع الفاسد وذاك لان التصرف الذي يختص بالملك

يوجد في الكل واطلاق جواب الجامع الصغير يدل على هذا لانه قال باع احدهما ولم يعينه
قوله لا طلاق جواب الكتاب اراد بالكتاب الجامع الصغير قوله والمعنى ما قلنا وهو
انه قصد الوصول الى الثمن والوصول الى الثمن ينافي العتق فتعين الاخرى للعتق قوله والعرض على البيع
ملحق به في المحفوظ عن ابي يوسف اي العرض على البيع ملحق بالبيع في القول المحفوظ عنه قال في شرح الطحاوي
روى ابن سماعة عن ابي يوسف اذا ساوم احدهما يكون بيانا يعني ان الاخرى تتعين للعتق قوله والهبة
والتسليم والصدقة والتسليم بمنزلة البيع لانه تمليك ولنا فيه نظر لانهم لم يشترطوا التسليم في البيع الفاسد
مع ان الملك فيه لا يثبت الا بعد القبض وهنا اشترط التسليم والحق عندي ان لا يشترط التسليم في
الفصلين جميعا لوجود تصرف يختص بالملك فيهما ولهذا اطلق الحاكم فيهما جميعا وقد مر مرة قوله
وكذلك لو قال لامرأتيه احداكما طالق ثم ماتت احداهما لما قلنا يعني تتعين الاخرى وهي الحية
للطلاق لان الميتة لم تبق محلا للطلاق بالموت واشار بقوله لما قلنا الى قوله لانه لم يبق محلا
للعتق بالموت يعني كما ان العبد لم يبق للطلاق بالموت قوله وكذلك لو وطئ احداهما اي احدى
المرأتين لا احدى الامتين لما نبينه اي في المسألة التي بعد هذه قوله ولو قال لامتيه احداكما
حرة ثم جامع احداهما لم تعتق الاخرى عند ابي حنيفة وقالا تعتق وهذه من مسائل الجامع
الصغير المعادة وهذا الخلاف فيما اذا لم تعلق اما اذا وطئ احداهما فعلقت يكون بيانا عند ابي
حنيفة ايضا نص عليه الحاكم الشهيد في الكافي ولو قال احداكما مدبرة ثم وطئ احداهما لا يكون
بيانا بالاجماع لان التدبير لا يزيل ملك المنافع كذا في شرح الطحاوي لهما ان الوطي تصرف يختص
بالملك لانه لا يحل الا في الملك فاقدامه على الوطي دل على اختيار الملك في الموطوءة لان العاقل المتدين لا
يطأ من لا يحل له وطؤها فاذا اختار الملك في الموطوءة تعينت الاخرى للعتق كالبيع والاستيلاد والتدبير
والكتابة والرهن والاجارة ولهذا اذا اشترى جاريتين على انه بالخيار في ايتهما شاء ثم وطئ احداهما
كان بيانا وكذا اذا قال لامرأتيه احداكما طالق ثم وطئ احداهما كان بيانا ولابي حنيفة رضي الله
عنه ان العتق ليس بنازل في حق العين لان العتق متعلق بالبيان فقبل البيان كان الوطي حلالا
كما كان فلم يكن الوطي دليلا على البيان فلا يجعل بيانا الا ان يجعل الوطي بيانا يدور مع الحاجة الى
حل الوطي وجودا وعدما الا ترى انه لو اشترى الامتين بالخيار يكون الوطي بيانا لان حل الوطي
لم يكن ثابتا فكانت الحاجة ماسة اليه ولو علق عتق احدى امتيه بدخول الدار ثم وطئ احداهما
لا يكون الوطي بيانا للعتق في الاخرى لعدم الحاجة لان حل الوطي قائم فاذا كان جعل الوطي
بيانا يدور مع الحاجة الى حل الوطي وجودا وعدما لم يجعل الوطي بيانا فيما نحن فيه لعدم
الحاجة لان الحل قائم ولهذا قال ابو حنيفة يحل له وطؤهما جميعا لان المذهب عنده ان
الشهادة القائمة على عتق الامة تقبل من غير دعواها لانها تضمنت حرمة الفرج ثم
الشهادة على عتق احدى الامتين لا تقبل لان الشهادة لم تتضمن تحريم الفرج لان اعتاق [illegible]
المنكر لا يوجب حرمة الوطي ولانهما استويا في وطي غير المولى فكذلك في وطي المولى
بيانه فيما قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير انه لو وطئهما اجنبي فالعقران
جميعا يكونان للمولى لانهما جميعا في ملكه فكذلك في وطي نفسه كانهما على ملكه فاذا كان هكذا
لا يكون الوطي بيانا فكان خياره على حاله او نقول ان العتق نازل في المنكرة لا المعينة لان
الاعتاق مبهم فكان ايقاع العتق في حكم يختص المنكرة على معنى انه يمكن اثباته بدون
التعيين والوطي يصادف المعينة وبين المنكرة والمعينة منافاة فلا يحتمل الاعتاق المبهم

المعينة للتضاد فكان حل الوطي قائما كما كان بيانه فيما ذكر في الشامل في قسم المبسوط انه لو
قتلهما معا رجل يجب نصف قيمة كل واحدة ونصف ديتها لانه حكم يصح اثباته بدون
التعيين لان احداهما حرة بيقين ولا نعرف فيتنصف في حق الضمان ولو قتلهما رجلان معا يجب
على كل واحد منهما قيمة امة لانه لا يمكن ايجاب القيمة على احدهما والدية على الاخر الا بتعيين محل
العتق فلا يظهر العتق في حقه اصلا فاذا عرف ان الايقاع المبهم يظهر في حق حكم يختص المنكر
ولا يظهر في حق حكم يختص المعين فعلى هذا كان ينبغي ان لا يصح بيانه لانه يختص بالمعين
بالاجماع لكنا نقول ان الشرع لما جوز الاعتاق المبهم وامر بالبيان صح بخلاف القياس فلم يرد
علينا ثم الفرق بين العتاق والطلاق حتى كان الوطي بيانا في الثاني دون الاول ان كان النكاح
مشروع للوطي لقصد الولد الا ترى انه لا يحل نكاح من لا يحل وطؤها فكان الوطي دليلا على
استبقاء الملك بخلاف ملك اليمين فانه لم يشرع للوطي ولهذا اشرع في موضع لا يتصور حل الوطي
اصلا كالامة المجوسية والاخت الرضاعية فاذا لم يدل ملك اليمين على الوطي لم يدل الوطي على
الملك ايضا لان المقصود من وطي الامة قضاء الشهوة لا الولد قوله وهي معينة اي
الموطوءة قوله ولهذا حل وطؤهما اي وطئ الامتين جميعا بعد قوله لهما احداكما حرة على مذهب ابي
حنيفة كذا صرح العالم في طريقة الخلاف وهو ايضاح لقوله الملك قائم في الموطوءة قوله الا
انه لا يفتى به اي بحل وطئهما وهو استثناء من قوله حل وطؤهما اي يحل هذا ولا يفتى به قال في شرح
الطحاوي اذا قال لعبديه احدكما حر يجبر على البيان فاذا مات قبل البيان انقسم ذلك عليهما ولا
يملك الورثة البيان بخلاف ما لو اعتق احد عبديه بعينه ثم نسيه لم يجبر على البيان لمخافة ان
يسترق الحر لكن لو بين الورثة يصح لانه اختلط حر بعبد قوله ومن قال لامته ان كان
اول ولد تلدينه غلاما فانت حرة فولدت غلاما وجارية ولا يدرى ايهما ولد اولا عتق نصف
الام ونصف الجارية والغلام عبد وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة قال ابو جعفر الطحاوي
في مختصره وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف وهو قول محمد الاول ثم قال محمد بعد ذلك اذا
تصادقوا بعد ذلك على انهم لا يعلمون اي الولد اول لم يعتق من الجارية ولا من ولدها شيء لانا لم
نتيقن حصول العتق فنستعمل فيه الاحوال ولا يجوز ايقاع العتق بالشك وقال في شرح الطحاوي
روى عن محمد انه قال لا يعتق واحد منهم اعلم ان هذه المسألة على وجوه ستة كما فصلوها
في شروح الجامع الصغير احدها ان يتصادقوا انهم لا يدرون ايهما ولد اولا فالجواب ان الام
والجارية تعتق من كل واحدة منهما النصف وتسعى كل واحدة منهما في النصف لان كل واحدة
تعتق في حال ولا تعتق في حال لان الغلام لو كان ولد اولا فالام تعتق لوجود شرط العتق
وتعتق الجارية ايضا تبعا للام لانها ولدت من ام حرة وان كانت الجارية ولدت اولا لا تعتق
احد منهما لانعدام شرط العتق فلهذا يعتق من كل واحدة منهما النصف وتسعى في النصف
والغلام عبد على كل حال تقدمت ولادتها او تأخرت والوجه الثاني ان تدعي الام ان الغلام
اول وانكر المولى ذلك وقال ان الجارية هي الاول والجارية صغيرة فالجواب ان القول قول
المولى مع يمينه على العلم وانما وجب عليه اليمين لانه انكر شرط العتق والقول قول المنكر مع اليمين
لكنه يحلف على العلم لانه استحلاف على فعل الغير وكل من حلف على فعل الغير حلف على العلم اصله
حديث القسامة فاذا حلف لا يثبت عتق احد وان نكل عتقت الام والجارية لان الجارية صغيرة
تصادفت الام خصما عنها لكون حريتها نفعا محضا فعتقتا جميعا قال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير

وانما تصح خصومة الام عن البنت ما دامت صغيرة وان كانت كبيرة لم تصح والوجه الثالث ان
يتصادقوا ان الجارية هي التي ولدت اولا فالجواب ان لا يعتق احد لانعدام شرط العتق والوجه
الرابع ان يتصادقوا ان الغلام ولد اولا فالجواب انه يعتق الام لوجود شرط العتق وكذا
الجارية تبعا للام والغلام عبد لان الغلام قد زال عن الام في حال الرق فلم يعتق تبعا ايضا
والوجه الخامس ان تدعي الام ان الغلام اول ولد ولم تدع الجارية شيا والجارية كبيرة حلف
المولى على العلم لما قلنا فان حلف لم يثبت عتق احد وان نكل عتقت الام دون الجارية لان
النكول انما صار حجة باعتبار الدعوى ودعوى الام نيابة عن الجارية لا تصح لعدم الانابة
ولم يوجد الولاية على الجارية ايضا فلم تصح دعواها عنها فلم يعتبر النكول في حق الجارية
والوجه السادس ان تدعي الجارية ولم تدع الام شيا فان حلف المولى لا يثبت عتق احد وان
نكل يعتق الجارية دون الام لان النكول جعل حجة باعتبار الدعوى ولم يوجد الدعوى من
الام لا بالاصالة ولا بالانابة وقال الحاكم الشهيد في مختصر الكافي ولو كان قال ان كان اول
ولد تلدينه غلاما فانت حرة وان كانت جارية فهي حرة فولدتهما فان علم ايهما اول عمل على ذلك
وان لم يعلم واتفق الام والمولى على شيء فكذلك وان قالا لا ندري فالغلام رقيق والابنة حرة
ويعتق نصف الام وقال شمس الايمة في شرح الكافي لانها ان ولدت الغلام اولا فهي حرة والغلام
رقيق وان ولدت الجارية اولا فالجارية حرة والغلام والام رقيقان فالام تعتق في حال
دون حال فيعتق نصفها والعبد عبد بيقين والجارية حرة بيقين اما بعتق نفسها او بعتق
الام ثم قال شمس الايمة وان قال اول ولد تلدينه غلاما فانت حرة فولدت غلاما وجارية
فان ولدت الغلام اولا فالغلام رقيق والام والجارية حرتان وان ولدت الجارية اولا
فهم ارقا فالام تعتق في حال دون حال فيعتق نصفها وكذلك الجارية والغلام رقيق بيقين
وذكر محمد في الكيسانيات عن محمد في هذا الفصل انه لا يحكم بعتق احد منهم ولكن يحلف المولى
بالله ما تعلم انها ولدت الغلام اولا فان نكل عن اليمين فنكوله كاقراره وان حلف فهم ارقا
بخلاف الفصل الاول لان هناك تيقنا بحرية بعضهم واعتبار الاحوال بعد التيقن بالحرية
صحيح وهنا لم نتيقن بشيء من الحرية لجواز انها ولدت الجارية اولا فلا معنى لاعتبار الاحوال
ولكنها تدعي عليه شرط العتق وهو منكر فالقول قوله مع يمينه الى هنا لفظ شمس الايمة
في شرح الكافي قوله فالقول قوله مع اليمين اي القول قول المولى مع اليمين على العلم
قوله عتقا اي الام والجارية قوله والمسئلة بحالها اي ادعت الام ان الغلام
هو المولود اولا وانكر المولى قوله لما قلنا اشارة الى قوله وصحة النكول تبتني على
الدعوى قوله وبهذا القدر يعرف ما ذكرنا من الوجوه في كفاية المنتهى اي وبهذا القدر
من البيان اجمالا يعرف ما ذكرنا من الوجوه تفصيلا في كتاب كفاية المنتهى واراد بها الوجوه
الستة التي ذكرناها انفا قوله قال واذا شهد رجلان على رجل انه اعتق احد عبديه
فالشهادة باطلة عند ابي حنيفة الا ان تكون في وصية استحسانا نذكره في العتاق اي ذكر
الاستحسان في عتاق الاصل وقال لو قال لا اي الشاهدان كان هذا عند الموت استحسنت
ان اعتق من كل واحد منهما نصفه وهذه من مسايل الجامع الصغير المعادة وصورتها
فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يقول احد عبدي هذين حر ويشهد عليه شاهدان
بذلك قال شهادتهما باطلة الا ان يكون في وصية ويموت القايل ويترك ورثة فيكون

فالشهادة

فالشهادة جايزة وهو قول ابي يوسف ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد الشهادة جايزة في
الصحة ويجبر على ان يوقع العتق على احدهما بعينه اعلم ان الشهادة على عتق الامة جايزة
بالاتفاق وكذا الشهادة على طلاق المراة وعلى طلاق احدى النسا جايزة بالاتفاق والشهادة على
عتق العبد بلا دعواه لا تجوز عند ابي حنيفة خلافا لهما وكذا الخلاف في الشهادة على عتق احدى
الامتين لهما ان هذه شهادة لله تعالى لان العتق حق الله تعالى لان من حق الله ان لا يستعبد الاحرار
فصار كالشهادة على الطلاق ولهذا يقبل الشهادة على عتق الامة بالاتفاق ولابي حنيفة رضي
الله عنه ان هذه شهادة على حق العبد فلا يقبل من غير دعواه كما في دعوى المال ولان
المقضي له مجهول فلا تقبل شهادتهما كما اذا شهدا انه سرق مائة درهم من هذا او هذا والمراد
بحق العبد ما تعلق به نفع عاجل يختص ببعض العباد والعتق بهذه المثابة لان العتق عبارة عن
القوة الحكمية التي يظهر اثرها في دفع تملك الغير عنه فيكون حق العبد وانما قبلت الشهادة على
عتق الامة بلا دعواها لان عتقها يتضمن تحريم الفرج على معنى انه يحرم بضعها بحرم على مولاها بالعتق
وتحريم الفرج حق الله تعالى فلا يشترط الدعوى في حقه تعالى بخلاف الشهادة على عتق احدى
الامتين لانها لا تتضمن تحريم الفرج عند ابي حنيفة لان الاعتاق في المبهم ليس بنازل عنده ولهذا قال
يحل وطيهما جميعا وقدمر ذلك هذا اذا كانت الشهادة في صحته فاما اذا شهدا في مرض موته انه
قال في مرض موته هذا احدكما حر او شهدا بعد موته انه قال في مرض موته احدكما حر
او شهدا في مرضه بالتدبير في احدهما بعينه او شهدا بعد وفاته انه دبر احدهما في الصحة
او في المرض ففي القياس لا يقبل الشهادة وفي الاستحسان تقبل كذا ذكر فخر الاسلام وغيره
في شروح الجامع الصغير وجه القياس ان المقضي له مجهول فلا يتحقق الدعوى من المجهول
فلا تقبل الشهادة بلا دعوى ووجه الاستحسان ان العتق في مرض الموت وصية وكذا التدبير
في الصحة او في المرض والوصية يجري فيها من التوسعة ما لا يجري في غيرها ولهذا اجازت الوصية
في المجهول وفي مال لم يكتسب بعد فاذا كان مبناها على التوسعة جازت الشهادة مع
الجهالة او نقول لما كان العتق في مرض الموت او التدبير وصية كان المقضي له معلوما لان
الخصم في تنفيذ الوصية هو الموصي وهو معلوم وعنه خلف وهو الوصي او الوارث فقبلت الشهادة
بخلاف حال الحياة فان الشهادة للعبد لا للمولى لان المولى لا يدعي والعبد الذي وقعت الشهادة له
مجهول لا يقال للمولى في حالة الحياة حظ في العتق وهو معلوم لانا نقول حظ العتق له انما يكون
اذا كان مقرا وهو منكر فيكون الشهادة للعبد وهو مجهول في حال الحياة والطريق الاخر
للاستحسان ان العتق يشيع في العبدين جميعا بالموت حتى يعتق نصف كل واحد منهما بموت المولى
فكان لكل واحد منهما خصما معلوما فوجب قبول البينة قال فخر الاسلام البزدوي رحمه الله في
شرح الجامع الصغير وان شهدا بعد موته انه قال في حياته وصحته احدكما حر فلا نص فيه واختلف
مشايخنا في قول ابي حنيفة ان كان الطريق هو الوصية لم يقبل ههنا وان كان الطريق هو
الشياع قبلت البينة ههنا والصحيح ان تقبل لجواز ان يكون معلولا بعلتين فيتعدى باحداهما
قوله الا ان تكون في وصية اي الا ان يكون الشهادة في وصية كما اذا شهدا انه اعتق احد
عبديه في مرض موته فحينئذ تقبل الشهادة عنده ايضا قوله وهذا بالاجماع اي جواز
الشهادة في طلاق احدى النسا بالاجماع قوله وقال ابو يوسف ومحمد الشهادة في العتق مثل
ذلك اي تقبل قوله واذا كان دعوى العبد شرطا عنده لم يتحقق في مسئلة الكتاب اي

اذا كان دعوى العبد شرطا للعتق عند ابي حنيفة لم تتحقق الدعوى في مسئلة كتاب الجامع ه
الصغير المدعي مجهولا **قوله** على ما ذكرناه اشارة الى قوله وله ان الملك قايم في الموطوءة
ولهذا حل وطيها **قوله** وعنه خلف اي عن الموصي **قوله** وهو الوصي او الوارث
اي الخلف هو الوصي او الوارث منهما اي في العبدين **قوله** ولو شهدا بعد موته انه قال في
صحته احدكما حر قبل لا تقبل وانما قال بلفظ قبل لانه لا نص فيه عن اصحابنا ولكن المشايخ
اختلفوا فيه وقدمنا بيان الاختلاف والله اعلم

باب الحلف بالعتق

والمراد بالحلف بالعتق ان تجعل العتق جزاء على الحلف بان يعلق العتق بشيء ثم شرع
في بيان التعليق بعد ما ذكر مسايل التنجيز لان التعليق قاصر في كونه سببا لانه ليس بسبب
في الحال عندنا والحلف بكسر اللام مصدر قولهم حلف بالله يحلف حلفا وحلفا **قوله**
ومن قال اذا دخلت الدار فكل مملوك لي يوميذ فهو حر وليس له مملوك فاشترى مملوكا
ثم دخل عتق وهذه من المسايل المعادة في الجامع الصغير وذلك لان قوله يوميذ ظرف لقوله
كل مملوك فيعتق كل مملوك له سوا كان مستحدثا بعد اليمين او لم يكن اذا وجد في ملكه حينيذ
اي وقت الدخول لانه علق حرية المملوك المضاف اليه لذلك الوقت بالدخول بخلاف ما اذا
لم يذكر قوله يوميذ بل قال اذا دخلت الدار فكل مملوك لي حر لا يعتق ما اشتراه بعد الحلف
لانه ارسل الملك ارسالا والملك المرسل يراد به الحال لان المستقبل موهوم فلا يعتبر فصار
كانه قال فكل مملوك لي في الحال فلو علق ممكنا ابدا كرا الحال لا يعتق ما اشتراه بعد الحلف فكذا
هذا **قوله** لما قلنا اشارة الى قوله المعتبر قيام الملك وقت الدخول **قوله** لم يعتق
اي ما اشتراه بعد الحلف **قوله** ومن قال كل مملوك لي ذكر فهو حر وله جارية حامل فولدت
ذكرا لم يعتق وهذه من خواص الجامع الصغير وقوله ذكر بالجر على انه صفة لمملوك وانما
لا يعتق المولود ذكرا سوا ولدته لستة اشهر فصاعدا او لاقل من ستة اشهر من وقت الحلف
لان العتق مضاف الى مملوك مطلق والجنين ليس بمملوك مطلقا لانه مملوك تبعا للام لا قصدا
فصار مملوكا مقيدا فلم يتناوله مطلق الكلام مرادا الا ترى انه عضو من وجه بدليل انه
ينتقل بانتقالها وينغذي بتغذيها واسم المملوك المطلق يتناول النفس الكاملة دون
العضو فلما لم يكن الحمل مملوكا مطلقا لم يعتق وان ولد ذكرا ولهذا لا يجب على المولى صدقة
الفطر لاجل الحمل ولا يجوز اعتاقه عن الكفارة فصار كالمكاتب حيث لا يدخل تحت قوله
كل مملوك لي فهو حر لانه ليس بمملوك من كل وجه لانه مملوك رقبة لا يدا الا اذا نواه قال
صاحب الهداية وفايدة التقييد بوصف الذكورة انه لو قال كل مملوك يدخل الحامل فيدخل
الحمل تبعا لها والدليل على هذا ما اورده الولوالجي في فتاواه بقوله لو قال كل مملوك
لي حر وله عبيد وامهات اولاد ومدبرون ومكاتبون عتقوا جميعا الا المكاتبين وان قال
نويت الرجال دون النسا لم يدين في القضا كذا نص الحاكم لانه اوجب العتق لكل مملوك له
يضاف اليه بالمملوكية مطلقا وهذا متحقق فيما ذكرنا لانه يملكهم رقبة ويدا غير متحقق في
المكاتبين لانه يملكهم رقبة لا يدا **قوله** احتمال يجيء تحمل ان يكون الحمل وقت اليمين ه
ويحتمل ان لا يكون لوجود اقل مدة الحمل بعده اي بعد وقت اليمين **قوله** وان قال كل مملوك
املكه حر بعد غد او قال كل مملوك لي فهو حر بعد غد وله مملوك فاشترى اخر ثم جا بعد غد
عتق الذي ملكه يوم حلف وقوله بعد غد في الموضعين الاولين منصوب لانه وقع ظرفا

لقوله حر وفي الموضع الثالث مرفوع كذا السماع من الاساتذة الثقات وذلك لانه وقع اسما
لا ظرفا لو قوعه فاعلا وانما تنتصب الجملة بالظرف فاذا قدر فيها معنى في والا فلا ولهذا
تقول يوم الجمعة مبارك وهذا اما لك وذلك قد امكن بالرفع ثم اعلم ان هذه من مسايل
الجامع الصغير المعادة وانما يعتق الذي في ملكه يوم ايجاب العتق ولا يعتق الذي اشتراه
بعد ذلك لان قوله املكه وان كان مشتركا بين الحال والاستقبال يراد به الحال عند الاطلاق
عرفا الا ترى الى قوله تعالى والله يعلم انك لرسوله فالمراد منه الحال وكذا اذا قال الرجل
اشهد ان لا اله الا الله واشهد ان محمدا عبده ورسوله يحكم باسلامه في الحال فاذا كان قوله
املكه للحال عند الاطلاق كان الجزا حرية ما يملكه في الحال فلا يعتق المشترى بعد ذلك لانه لا
عموم للمشترك في موضع الاثبات وكذا قوله كل مملوك لي للحال لانه ارسل الملك وقد بيناه
قال بعضهم في شرحه تقرير صاحب الهداية يخالف رواية النحو لانه قال املكه للحال
حقيقة ويستعمل له من غير قرينة ويستعمل للاستقبال بقرينة سين او سوف فيكون
مطلقه للحال واهل النحو قالوا ان المضارع مشترك بين الحال والاستقبال قلت لا نسلم المخالفة
لانه كونه للحال حقيقة لا يدل على ان كونه للاستقبال ليس حقيقة لان المشترك يدل على
كل واحد من المعنيين بسبيل الحقيقة لكنه بسبيل البدل ويرجح احدهما بالدليل اذا وجد
وقد وجد هنا عند الاطلاق دليل ارادة الحال لان الحال موجود فلا يعارضه المستقبل
المعدوم الموهوم **قوله** لان قوله املكه للحال حقيقة برفع الحقيقة على انه خبر
ان كذا وقع السماع ويجوز النصب على انها تمييز **قوله** ولو قال كل مملوك املكه او قال
كل مملوك لي فهو حر بعد موتي وله مملوك فاشترى اخر فالذي كان عنده مدبر والاخر ليس
بمدبر وهذه من مسايل الجامع الصغير المعادة ذكرها محمد في اواخر الكتاب قبل باب الاثنين
وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل قال كل مملوك املكه فهو حر بعد
موتي فاشترى مملوكا اخر قال المملوك الذي كان عنده مدبر وهذا الاخر ليس بمدبر ويعتقان من
الثلث ويكونان شريكين في الثلث وكذلك لو قال كل مملوك لي فهو حر بعد موتي وذكر ابو طاهر ه
الدباس عن ابي يوسف في النوادر انه لا يعتق ما استفاد بعد يمينه لانه لم يدخل في الايجاب ولهذا
يصير الاول مدبرا ولا يصير الثاني مدبرا قال فخر الاسلام البزدوي رحمه الله هذه مسئلة
طعن فيها عيسى بن ابان فقال قوله املكه يتناول الحال عند اطلاقه فان كان العمل واجبا بهذا
الاصل وجب ان لا يعتق الذي اشتراه فيكون مملوكا يباع كما لو قال كل مملوك املكه فهو
حر وان كان هذا الكلام يتناول الاستقبال لقوله بعد موتي وجب ان يصير ما اشتراه ه
مدبرا ثم قال عيسى فالجواب عندي في هذه المسئلة انه انما يعتق من كان في ملكه يوم حلف
عند الموت ولا يجوز بيعهم قبل الموت ومن حدث في ملكه جاز بيعه ولم يعتق عند الموت
بمنزلة قوله كل مملوك املكه فهو حر غدا ولنا ان هذا اللفظ اعني قوله كل مملوك املكه او
قوله كل مملوك لي فهو حر بعد موتي ايجاب عتق ووصية بدليل انه يعتبر من الثلث في الموجود
عند الحلف بالاتفاق وفي الوصية يعتبر الحالة الراهنة والمترقبة جميعا ولهذا لو قال ثلث
مالي لفلان بعد موتي فاكتسب بعد ذلك مالا ثم مات فللموصى له ثلث ما كان موجودا عند الموت
وكذا اذا اوصى لاولاد فلان ثم حدث له ولد بعد الوصية يدخلون جميعا في الوصية اذا عاشوا
الى وقت الموت من حيث ان لفظه ايجاب عتق يتناول المملوك الموجود عند الحلف اعتبارا

للحالة الراهنة فصار مدبرا لا يجوز بيعه ومن حيث انه ايضا تناول الحادث الذي بقي الى
وقت الموت اعتبارا للحالة المتربصة فصار موصى له فيعتبر الموجود عند الحلف في
الثلث يضرب كل واحد منهما في الثلث بقيمته الا ان الحادث فيما يستقبل
قبل الموت لم يصر مدبرا حتى جاز بيعه لانه محض استقبال لا يجوز ارادة الاستقبال
بعد ارادة الحال بخلاف ارادة الحالة المتربصة بعد ارادة الحالة الراهنة حيث جازت
لانهما من جنس واحد وهذا لان الحال يكون مقدرة كما تكون محققة والمحققة ظاهرة
والمقدرة ما يجعل في حكم الحال بسبيل الحكاية عن الحال الماضية التي وقع الفعل فيها فلما
جاز تقييد الحال الماضي جاز تقييد الحال الآتي الذي يقع الفعل فيه لدلالة الايصا لان
الوصية انما تكون بعد الموت والحاصل ان الحال ضربان حال راهنة وحال محكية
واللفظ يدل عليهما جميعا اذا وجد الدليل لانهما من جنس واحد وقد دل هنا الايصا
فصار المراد ما يملكه في الحال وما يملكه وقت الموت وذكر بعض مشايخنا في هذا الموضع
سؤالا وجوابا في شرح الجامع الصغير فقال فان قيل اذا كان يعتق بعد الموت فلم لا يصير
مدبرا اذا كان اشتراه قيل له لان عتقه يظهر بكونه في ملكه وقت الموت ولا يدري
ايكون في ملكه وقت الموت ام لا فلهذا المعنى لا يصير مدبرا الا ترى ان رجلا لو قال
لعبده ان كنت وقت موتي في ملكي فانت حر فانه لا يصير مدبرا في الحال لانه لا يدري
ايكون في ملكه وقت موته ام لا فكذلك هنا والمذهب عندي ما ذهب اليه ابو يوسف
في النوادر لانه يلزم على ما قال ابو حنيفة ومحمد الجمع بين الحقيقة والمجاز بلفظ واحد
فلا يجوز لانهما ارادا بقوله املكه الحال الراهنة والمحكية جميعا والحال الراهنة له
حقيقة والمحكية مجاز لان نافي المحكية لا يكذب وايضا لا تراد بلا قرينة وذلك امارة
المجاز **قوله** ولهذا اختص بالمدبر دون الآخر اي صار الذي في ملكه يوم الحلف مدبرا
دون الذي اشتراه بعد **قوله** ولهما اي ولابي حنيفة ومحمد **قوله** الحالة
المنتظرة اراد بها حالة الموت وهي المتربصة ايضا والحالة الراهنة وهي الزمان الذي بين
الحد الماضي والمستقبل وانما سميت بها لان الراهن هو الحبس لغة والمحبوس فيه بخلاف
الماضي والمستقبل **قوله** فالايجاب انما يصح مضافا الى الملك او الى سببه لما ذكر قبل
هذا بخطوط له لهما ان هذا ايجاب عتق وايصا ثم بينه ان فيه جهة الايجاب وجهة الايصا
فتراعى كل واحد منهما ثم الايجاب انما يصح اذا اضيف الى الملك او الى سبب الملك والموجود
عند الحلف بهذه المثابة لانه اضيف الايجاب فيه الى الملك فصار مدبرا بخلاف
المشترى بعد الحلف لانه لم يوصف الايجاب فيه لا الى الملك ولا الى سببه فلم يصر
مدبرا لكن المشترى اذا بقي الى الموت عتق من الثلث بطريق الايصا فكانه قال حينئذ
كل مملوك املكه حر بخلاف قوله كل مملوك املكه فهو حر بعد غد حيث لا يدخل المشترى
تحت هذا اللفظ لانه ليس فيه معنى الايصا فما بعد الحلف محض استقبال فلا يراد
ذلك لعدم معنى الحال اصلا **قوله** ولا يقال انكم جمعتم بين الحال والاستقبال
لانا نقول نعم ولكن بسببين مختلفين ايجاب عتق ووصية وانما لا يجوز ذلك بسبب
واحد بيانه ان الموجود عند الحلف والمشترى بعده اذا بقي الى الموت لما عتقا من الثلث
لزم الجمع بين الحال والاستقبال من قوله املكه والمشترك لا عموم له في الاثبات فاجاب

وقال

وقال نعم جمعنا ولكن بسببين مختلفين وهما ايجاب عتق وايصا وذلك جائز وانما لا يجوز الجمع
بينهما اذا كان السبب واحدا كما في قوله كل مملوك املكه حر بعد غد وصاحب الهداية سلم
السؤال والاولى ان يمنع بان يقال لا نسلم انا جمعنا بينهما لان الحال المتربصة ما اريد
باعتبار انها استقبال بل باعتبار انها حال محكية مقصودة في الوصية فلا يرد هذا السؤال
باب العتق على جعل والجعل ما جعل من شيء للانسان على شيء
يفعله كذا في ديوان الادب وكذا الجعيلة والجعالة بفتح الجيم وبه صرح القتيبي في شرح غريب الحديث
واثبت في الصحاح بكسر الجيم ولم يذكر في تهذيب ديوان الادب فعالة بكسر الفاء بل ذكره في
المفتوح الفاء والمراد منه العتق على مال وانما اخر العتق على مال عن سائر ابواب العتق لان ذكر
المال ليس باصل في باب العتق لعدم توقفه على المال فناسب ذكره اخرا كالخلع في باب الطلاق
قوله ومن اعتق عبده على مال فقبل العبد عتق وذلك مثل ان يقول انت حر على الف
درهم او بالف درهم وهذه من مسائل القدوري وذلك اشارة الى الاعتاق على مال وكذلك الحكم
فيما اذا قال انت حر على ان تعطيني الفا او على ان لي عليك الفا قال في شرح الطحاوي اذا قال لعبده
انت حر على الف درهم او بالف درهم فانه لا يعتق ما لم يقبل ويقع على مجلسه ذلك فان قبل وقع
العتق بنفس القبول والمال دين عليه وان كان غائبا يقع على مجلس علمه فان وجد القبول صح وان رد
او اعرض عن المجلس بطل وانما يكون الاعراض عن المجلس اما بالقيام او بالاشتغال بعمل اخر يعلم انه
لا يقبله واذا عرفت هذا فاعرف ان العبد انما يعتق بمجرد القبول ولا يشترط الاداء لان المولى ازال
ملكه بعوض ولا يلزم العوض بغير الرضا فلا بد من القبول فاذا قبل العتق عتق لان المولى ملك
العوض بقبول العبد فلما ملك العوض زال المعوض عن ملكه والا يلزم الجمع بين العوض والمعوض
في ملك واحد فلا يجوز كما اذا باعه يزول ملكه عن المبيع بمجرد القبول قبل اداء الثمن وكما اذا طلقها
على مال يقع الطلاق بمجرد القبول قبل اداء العوض ولا يشبه هذا ما اذا قال اذا اديت الي الفا فانت حر
حيث لا يعتق قبل الاداء لانه علق الحرية بالاداء فتوقف الحكم الى وجود الشرط كما اذا قال ان دخلت
الدار فانت حر وهنا ما علق العتق بل نجزه لكن بعوض فاذا قبل العبد عتق لحصول الملك للمولى ثم ما
شرط على العبد من المال دين عليه لانه ثبت على وفاق القياس لانه يسعى وهو حر ولهذا اجازت الكفالة
به بخلاف بدل الكتابة حيث لا يصح الكفالة به لثبوته مع المنافي وهو الرق ولا يجوز ان يستوجب
المولى على عبده دينا لكن عقد الكتابة جوز لضرورة تحصيل الحرية للعبد باداء المال الى المولى ولم يتعد
الحكم الى الكفالة لان الثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة ولانه ليس بدين صحيح فلم يصح الكفالة
به لان الدين الصحيح هو الذي لا يسقط الا بالاداء او بالابراء وبدل الكتابة يسقط بدونهما بمجرد تعجيزه
النفس **قوله** ثبوت الحكم اراد به العتق هنا **قوله** واطلاق لفظ المال ينتظم انواعه
من النقد والعرض والحيوان وان كان بغير عينه يعني ان اطلاق لفظ المال في قوله ومن اعتق
عبده على مال يشمل انواع المال فعلى اي مال اعتق صح وذلك لان الاعتاق على مال معاوضة المال بغير
المال وهو الحرية فصار كالمهر في باب النكاح وكالطلاق على مال وكالصلح عن دم العمد فجاز ان يقع له
الحيوان وغيره عوضا في الاعتاق كما جاز ثمة وكذا يجوز ان يقع سائر المكيلات والموزونات عوضا
عن الاعتاق اذا كان معلوم الجنس بان قال مثلا اعتقتك على مائة قفيز من حنطة وان كان في الوصف
جهالة بان لم يذكر الجودة والرداءة والربيعية والخريفية لان جهالة الوصف يسيرة فكانت
عفوا فيما كان عوضا عما ليس بمال كالمهر فلم تمنع صحة التسمية قال في التحفة ولو اعتق على عرض

في الذمة بعينه وهو ملك غيره فانه يعتق فان اجاز المالك يستحق عينه وان لم يجز يجب على
العبد قيمة رقبته وكذلك لو اعتق على عوض بغير عينه معلوم الجنس جاز فان كان موصوفا
فعليه تسليمه وان لم يكن موصوفا فعليه الوسط من ذلك وان جا بالقيمة اجبر المولى على القبول
كما في المهر ولو اعتقه على مجهول الجنس بان قال انت حر على ثوب يعتق ويلزمه قيمة نفسه لان
جهالة الجنس تمنع صحة البدل كما في المهر فلو ادى اليه العوض فاستحق من يد المولى ان كان بغير عينه
في العقد فعلى العبد مثله لانه لم يعجز عن الذي هو موجب العقد وان كان عينا في العقد وهو عرض
او حيوان فانه يرجع على العبد بقيمة نفسه عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يرجع بقيمة
المستحق فعلى هذا الخلاف اذا باع نفس العبد منه بجارية ثم استحقت الجارية او هلكت قبل
التسليم فعندهما يرجع بقيمة العبد وعنده يرجع بقيمة الجارية قال الحاكم الشهيد في الكافي
فان اختلفا في المال فالقول قول العبد بانه ما قال في الشامل في قسم المبسوط قال المولى
اعتقتك على وصيف وقال العبد على كر حنطة فالقول للعبد مع يمينه لان العبد لو انكر
اصل المال كان القول له فكذلك وصفه والبينة للمولى وقال في الشامل ايضا اختلفا في
قدر المال فالقول للمولى والبينة للعبد لان القول للمولى في اصل الشرط كذلك في صفته
قوله قال ولو علق عتقه باداء المال صح وصار ماذونا وذلك مثل ان يقول ان اديت
الي الف درهم وهذه من مسايل القدوري وذلك اشارة الى تعليق العتق باداء المال اي
تعليقه به مثل ان يقول ان اديت الي الف درهم فانت حر واغا صح تعليق العتق باداء المال
لان العتق اسقاط حق فيه معنى المال ولهذا اذا اعتقه في مرض موته ولا مال له غيره
لزمه السعاية وما كان فيه معنى المال جاز اخذ العوض عنه كذا قال الشيخ ابو نصر وانما صار
العبد ماذونا لهذا القول لانه طلب منه الاداء وذلك لا يكون الا بالاكتساب فكان ماذونا
في التجارة دلالة لان المولى لا يرضى بتكدي العبد لان فيه خسة ودناءة ثم اعلم ان المولى اذا
قال لعبده ان اديت الي الفا فانت حر كان بمنزلة المكاتب حتى يجبر المولى على القبول الا في مسايل
فيها فرق بينهما احدها اذا مات العبد قبل الاداء وترك مالا فالمال كله للمولى ولا يودى عنه
فيعتق بخلاف الكتابة والثانية لو مات المولى وفي يد العبد كسب فالعبد رقيق يورث عنه
مع ما بيده اكسابه بخلاف الكتابة والثالثة لو كانت هذه امة فولدت ثم ادت لم يعتق ولدها
بخلاف المكاتبة اذا ولدت ثم ادت فعتقت يعتق ولدها والرابعة لو قال العبد للمولى حط
عني مائة فحط المولى عنه فادى تسع مائة فانه لا يعتق بخلاف الكتابة والخامسة لو ابرا المولى
العبد عن الالف لم يعتق ولو ابرا المكاتب عن بدل الكتابة يعتق والسادسة لو باع هذا
العبد ثم اشتراه او رد اليه بخيار او عيب يجبر على القبول عند ابي يوسف وقال محمد
في الزيادات لا يجبر على قبولها فان قبلها عتق بخلاف المكاتب فان بيعه لا يجوز الا برضاه
فاذا رضي بفسخ الكتابة والسابعة انه يقتصر على المجلس حتى لا يعتق ما لم يود في المجلس
قبل الاعراض بخلاف الكتابة لان العتق معلق باختيار العبد فكانه قال ان شئت
فانت حر كذا في التحفة بخلاف قوله اذا اديت او متى اديت فان ذلك لا يقتصر على المجلس
وروى بشر عن ابي يوسف ان قوله ان اديت لا يقتصر على المجلس كما في اذا او متى ذكره
في المختلف والتحفة جميعا وذلك لان العتق معلق بالشرط فلا يقف على المجلس كقوله
ان دخلت الدار **قوله** على ما سبق اي بعد خطوط عند قوله ولنا انه تعليق نظرا

الى اللفظ ومعاوضة نظرا الى المقصود **قوله** وان احضر المال اجبر الحاكم على قبضه
وعتق العبد وهذا لفظ القدوري في مختصره يعني اذا قال له المولى ان اديت الي الفا فانت حر فاحضر
العبد الالف في المجلس يجبر المولى على القبض فيعتق ومعنى الاجبار ان ينزل المولى قابضا بالتخلية بينه
وبين الالف سوا اخذ المال او لم ياخذ والمراد بالتخلية رفع الموانع وهذا الذي ذكره استحسان والقياس
ان لا يجبر وبه قال زفر كذا في شرح الطحاوي له انه عتق معلق بشرط ولا يجبر احد على مباشرة شرط
اليمين لان الجبر لا يثبت الا بثبوت الاستحقاق ولا استحقاق قبل وجود الشرط فصار كالتعليق
بدخول الدار بخلاف الكتابة فانه يجبر ثمة لانها معاوضة واداء البدل فيها واجب فيجبر ولهذا ولنا
ما قال مشايخنا في شرح الزيادات ان الاصل في تعليق العتق باداء المال انه تثبت فيه معنى المعاوضة
وذلك لان اليمين بغير الله تعالى هو الشرط والجزاء وقد وجد ذلك هنا وهو صيغة الكلام فصار اليمين
هو الاصل وفيه معنى المعاوضة لكونه مقابلة العتق بالمال عند الاداء كالكتابة والكتابة معاوضة في
الاصل ومعنى الشرط تابع ولهذا اذا مات المولى لا تنفسخ الكتابة فلما كان تعليق العتق بالمال معاوضة انتهاء
اعني عند اداء المال اجبر المولى على القبول كما في الكتابة فلم يحتمل التعليق الفسخ لان معنى اليمين فيه اصل
بخلاف الكتابة فانها تحتمل الفسخ لان معنى اليمين فيها تابع فان قيل كيف يصح جعله معاوضة
والعوض والمعوض للمولى جميعا قلنا هذه مغالطة لان المعوض هنا هو العتق وهو
يحصل للعبد لا للمولى فان قيل يرد عليكم الاحكام منها اذا قال ان
اديت الي خمرا فانت حر حيث لا يجبر على القبول وكذا اذا قال ان اديت الي ثوبا فانت حر ومنها اذا قال ان
اديت الي الفا فحججت بها فانت حر لا يجبر على القبول ومنها اذا باع العبد ثم اشتراه ثم جا بالالف لا يجبر
على القبول قلنا اما لا يجبر في الخمر لان المسلم ممنوع عنها لحق الله تعالى لكن مع هذا
اذا اداها عتق فاما الثوب فانه مجهول الجنس فلم يصلح عوضا فلم يجبر لهذا واما مسالة الحج فلان التعليق ثمة
بشيئين باداء المال والحج ولهذا لا يعتق بمجرد الاداء ما لم يوجد الحج والمعاوضة انما تكون اذا كان مقابلة العتق
بالمال وهنا مقابلة العتق بالمال والحج فبطل معنى المعاوضة فلم يصح الجبر لبطلان معنى المعاوضة ولهذا
اذا قال اذا اديت الي الفا فحججت بها يجبر على القبول ويعتق العبد وحج او لم يحج لان الحج وقع مشورة لا شرطا
واما المسالة الاخيرة فان البيع لما صح فقد بطل معنى الكتابة فلم يجبر على القبول كما اذا كاتب عبده على انه
بالخيار ثلاثة ايام ثم باعه فيها صح البيع وبطلت الكتابة حتى اذا اشتراه لم يكن مكاتبا فكذا هنا **قوله**
ولهذا كان عوضا في الطلاق في مثل هذا اللفظ هذا ايضاح لكون تعليق العتق باداء المال معاوضة نظرا
الى المقصود يعني اذا علق الطلاق باداء المال وقال لامراته اذا اديت الي الفا فانت طالق فادت يقع
الطلاق بائنا لوقوعه على عوض فكذا هنا يكون معاوضة **قوله** فعلى هذا يدور الفقه اي على اعتبار
الشيئين يدور المسايل الفقهية كالهبة بشرط العوض تبرع ابتداء حتى لا يجوز في المشاع ويشترط
القبض فيه وفي المجلس وبيع انتهاء حتى لا يجوز الرجوع للواهب وتجري الشفعة فكذا فيما نحن فيه اعتبرنا
الشبهين شبه الابتداء نظرا الى الصيغة فقلنا انه تعليق فجاز بيعه قبل وجود الشرط وهو الاداء وشبه الانتهاء
نظرا الى المقصود فقلنا انه معاوضة حتى اجبر المولى على القبض كما في الكتابة **قوله** ولو ادى البعض
يجبر على القبول الا انه لا يعتق ما لم يود الكل لعدم الشرط قال في الزيادات لو قال اذا اديت الي الف
درهم فانت حر فجا ببعض الالف اجبر المولى على قبوله لان هذا جزء من جملة هي عوض عند الاداء فصار
للبعض حكم الاعواض ايضا كبعض بدل الكتابة وبعض الثمن فان ادى بعض الثمن لا يوجب قبض شي من
المبيع فكذلك بدل الكتابة ومع ذلك يجبر على القبول لانا لو لم نجبره لكلفنا المودي ما ليس في وسعه

وهو اداء جميع البدل وذلك باطل وقال في شرح الطحاوي ولو ابى العبد محاسبة فالقياس ان لا
يجبر لانه لا يعتق بقبول هذا وهو قول ابي يوسف وفي الاستحسان يجبر على القبول كما في المكاتب
قوله كما اذا حط البعض وادى الباقي يعني اذا حط المولى بعض الالف فيما اذا قال له ان اديت الي الفا
فانت حر ثم ادى العبد باقي الالف لا يعتق لعدم الشرط لان الشرط اداء الالف ولم يوجد كما لو ادى الدنانير
مكان الدراهم وقد نص الحاكم في الكافي على هذا الحكم قوله ثم لو ادى الفا اكتسبها قبل التعليق رجع المولى
عليه وعتق لاستحقاقها يعني ان المولى يرجع على العبد بالف اخرى مثلها لان المولى كان يستحق الالف المؤداة لان
العبد وما في يده لمولاه وله على العبد مثلها لان المولى ما رضي بخروجه عن ملكه الا بالف يحصل له لا بالف
حاصل له لكنه عتق باداء الالف المكتسبة قبل التعليق لوجود شرط العتق وهو اداء الالف كما لو غصب الفا
اداها فادى عتق بخلاف ما اذا ادى الفا اكتسبها بعد التعليق لا يرجع المولى عليه لكونه ماذونا من
جهة المولى بالاكتساب والاداء منه لكنه ياخذ الباقي لان مال الماذون في التجارة للمولى بخلاف المكاتب
كذا في الشامل وغيره قوله ثم الاداء في قوله ان اديت يقتصر على المجلس وهذا هو ظاهر
الرواية وروى بشر عن ابي يوسف انه لا يقتصر وقد مر بيانه قوله ومن قال لعبده انت حر
بعد موتي على الف درهم فالقبول بعد الموت وهذه من خواص الجامع الصغير وانما اعتبر قبول العبد بعد
موت المولى لانه اضاف العتق الى ما بعد الموت فيكون نزول ايجاب العتق بعد الموت والقبول يكون عند
نزول الايجاب كما لو قال انت حر بالف درهم غدا يكون القبول غدا لانه وقت نزول الايجاب وكذلك
اذا قال اذا مت فانت حر على الف فاذا قبل بعد الموت هل يعتق ام لا قال في شرح الطحاوي لم يعتق بالقبول
حتى يعتقه الورثة او الوصي لان الاصل ان كل عتق تاخر وقوعه بعد الموت ولو بساعة لا يعتق الا بالاعتاق
الا ترى انه لو قال لعبده انت حر بعد موتي بشهر لا يعتق حتى يعتقه الورثة بعد شهر ثم الوصي يملك عتقه
تحقيقا لا تعليقا حتى انه لو قال انت حر اذا دخلت الدار فانه لا يعتق والوارث يملك عتقه تحقيقا وتعليقا
حتى انه لو علقه بدخول الدار عتق بدخولها وكذلك لو اعتقه عن كفارة يمينه يجوز عن الميت ولا يجوز عن
الكفارة والولاء للميت لا للوارث هذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وروي عن ابي يوسف في الامالي انه قال
اذا قال اذا مت فانت حر على الف درهم فالقبول في هذه على حالة الحياة لا على الوفاة فاذا قبل صح التدبير
فاذا مات عتق ولا يلزمه المال لانه لا يلزمه القبول لانه لا يعتق بالقبول فلا يلزمه وقت وقوع العتاق
واجمعوا انه لو قال انت حر على الف درهم بعد موتي فالقبول فيه بعد الوفاة وقال الامام العتابي في شرح
الجامع الصغير فاذا قبل بعد الموت ينبغي ان لا يعتق الا باعتاق الوارث او الوصي او القاضي لان العتق
تاخر عن الموت الى ان يقبل والعتق متى تاخر عن الموت لا يثبت الا باعتاق واحد من هؤلاء لانه صار
بمنزلة الوصية بالاعتاق وقال الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير ومن المتاخرين من
قال وان وجد القبول بعد الموت ينبغي ان لا يعتق ما لم يعتقه الورثة لان الاعتاق من الميت لا يتصور
ثم قال وهذا اصح وعلل صاحب الهداية بقوله لان الميت ليس باهل للاعتاق قلت
فاذا قبل بعد الموت ينبغي ان يعتق لان الكلام صدر من الاهل وان كان الميت في ذلك الوقت ليس باهل للايجاب
مضافا الى المحل وان كان الميت ليس باهل للاعتاق الا ترى ان الايجاب نزل معتبرا بعد الموت لان الكلام
صدر من الاهل وان كان الميت في ذلك الوقت ليس باهل للايجاب ولهذا ترتب القبول عليه وايضا ان
القبول لا يعتبر حال الحياة فاذا لم يعتق بالقبول بعد الوفاة الا باعتاق واحد منهم لا يكون معتبرا بعد
الوفاة ايضا فلا يبقى فائدة لقوله فالقبول بعد الموت قوله بخلاف ما اذا قال انت مدبر على الف
درهم حيث يكون القبول اليه في الحال لان ايجاب التدبير في الحال الا انه لا يجب المال لقيام الرق

وذلك لان المولى لا يستوجب على عبده دينا صحيحا هذا قول ابي يوسف على ما ذكره صاحب الاجناس
عن نوادر بشر بن الوليد اذا قال انت مدبر على الف درهم قال ابو حنيفة ليس القبول الساعة وله ان
يبيعه فاذا مات المولى وهو في ملكه وقال قبلت ادى الالف عتق وقال ابو يوسف ان لم يقبل حين قال
له ذلك فليس له ان يقبل بعد ذلك وان قبل كان مدبرا وعليه الالف اذا مات الى هنا لفظ
الاجناس وانما وجب عليه الالف لان المولى ما رضي بعتقه الا ببدل ولكن لا يستوجب المولى على عبده
دينا بسبب العتق كالمكاتب وروى في الوجيز السرخسي عن ابن سماعة عن محمد لو قال انت مدبر على الف
فالقبول بعد الموت ليعتق فيلزمه المال وما ذكره صاحب الاجناس عن النوادر عن ابي حنيفة
دليل على صحة ما ذهبنا اليه في مسئلة الجامع الصغير بانه اذا قبل بعد الموت يعتق لانه صرح بقوله
اذا مات المولى وقال قبلت ادى الالف عتق وذلك لان القبول في الموضعين جميعا بعد الموت ومع هذا
لم يتوقف العتق على اعتاق واحد من الوصي او الوارث او القاضي فكذا فيما نحن فيه قوله
قالوا اي قال المتاخرون من مشايخنا قوله في مسئلة الكتاب اي في مسئلة الجامع الصغير وهي
قوله انت حر بعد موتي على الف درهم قوله وهذا صحيح اي قولهم انه لا يعتق ما لم يعتقه الوارث
ولنا فيه نظر قدمناه قوله قال ومن اعتق عبده على خدمته اربع سنين فقبل العبد
فعتق ثم مات من ساعته فعليه قيمة نفسه في ماله عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد قيمة
خدمته اربع سنين وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة وصورتها فيه محمد عن يعقوب
عن ابي حنيفة في رجل قال لعبده انت حر على ان تخدمني اربع سنين فقبل العبد ثم مات ساعتئذ
قال عليه قيمة نفسه وهو قول ابي يوسف وقال محمد عليه قيمة خدمته اربع سنين هذا الذي
ذكره قول ابي حنيفة اخرا وقوله الاول كقول محمد كذا ذكره الفقيه ابو الليث السمرقندي
في شرح الجامع الصغير وقول زفر والشافعي كقول محمد ايضا كذا في المختلف والخدمة خدمة
البيت المعروفة بين الناس كذا ذكره الحاكم الشهيد في الكافي وشرح المسئلة ما قال في شرح
الطحاوي لو قال لعبده انت حر على ان تخدمني اربع سنين فقبل عتق وعليه ان يخدم اربع سنين
فان مات المولى قبل الخدمة بطلت الخدمة لان شرط الخدمة للمولى وقد فات المولى فعند
ابي حنيفة وابي يوسف عليه قيمة نفسه وعند محمد عليه قيمة خدمته اربع سنين ولو كان
خدم سنة ثم مات فعلى قولهما عليه ثلاثة ارباع قيمته وعلى قول محمد عليه قيمة خدمته له
ثلاث سنين وكذلك لو مات العبد وترك مالا يقضى من ماله بقيمة نفسه لمولاه عند ابي حنيفة
وابي يوسف وعند محمد يقضى بقيمة الخدمة وقال في الشامل فان مات المولى فلورثته قيمته الا
قدر قيمة ما خدم عندهما وعند محمد قيمة ما بقي من الخدمة وكذلك ان مات العبد اخذ من تركته
ثم اعلم ان العبد يعتق بقبوله في المجلس قبل تسليم الخدمة لان المولى جعل الاعتاق على الخدمة
فكان معاوضة وقضية المعاوضة ثبوت الحكم بمجرد القبول قبل التسليم كما في البيع وقد
مر بيانه في اول الباب لكن لما وجب على العبد الخدمة في تلك المدة فعات الخدمة المشروطة
بموت العبد او المولى اعتبر قيمة الخدمة عند محمد وقيمة نفسه عندهما وجه قول محمد رحمه
الله ان الخدمة بدل عما ليس بمال وهو العتق ولا قيمة للعتق وقد حصل العجز عن تسليم
الخدمة بموت احدهما فوجب تسليم قيمتها ووجه قولهما ان الخدمة بدل مال لانها بدل
نفس العبد لكن البدل لما تعذر تسليمه وجب تسليم المبدل وهو العبد ولا يمكن تسليمه
لان العتق لا يقبل الفسخ فوجب تسليم قيمته لامكان ذلك فان قيل

يرد عليكم الاحكام وهي ما اذا تزوج امراة على جارية او خالع امراته على جارية او صالح عن
دم عمد على جارية ثم استحقت الجارية يرجع بقيمة الجارية فعلم ان الاعتبار لقيمة البدل
لا لقيمة المبدل قلت ــــــــــــــــ لا نسلم انها ترد علينا لان فيها العوض هو
ملك النكاح وملك القصاص وذلك غير متقوم فلم يمكن الرجوع بقيمة ما ليس بمتقوم فوجب
الرجوع بقيمة البدل بخلاف ما نحن فيه فان المبدل وهو العبد متقوم ولهذا لو شهدوا
باسقاط القصاص وابطال ملك النكاح ثم رجعوا لا يضمنون لا للولي القصاص ولا للزوج قيمة
البضع ولو شهدوا على الاعتاق ثم رجعوا يضمنون قوله ثم مات اي العبد او المولى كما
بين في اخر المسألة قوله من ساعته اي ساعة القبول قوله اطلق العتق للتفصيل
لانه ذكر اولا تبيين العتق ووجوب القيمة لكن في قيمة النفس وعندهما وعند محمد قيمة
الخدمة فقال بعد ذلك اما العتق فلانه جعل الخدمة في مدة معلومة عوضا فيتعلق العتق
بالقبول وهذا اصح لكن بقي عليه ان يقول واما وجوب قيمة النفس عندهما فلاجل كذا
واما وجوب قيمة النفس عندهما فلاجل كذا واما وجوب قيمة الخدمة عند محمد فلاجل كذا
فلم يوف ما هو حق الكلام قوله وقد وجد اي القبول قوله ولزمه خدمته
اربع سنين اي بقبول الخدمة لكن تعذر الخدمة بموت العبد او المولى فوجبت القيمة على حسب
الاختلاف الذي مر قوله فصار كما اذا اعتقه على الف درهم ثم مات العبد اي صار
الاعتاق على الخدمة اذا مات العبد بعد القبول مثل الاعتاق على الف اذا مات بعد القبول
لان الخدمة تصلح عوضا عن الاعتاق كالالف فيعتق في الصورتين بالقبول قوله كالخلاف
فيه بناء على خلافية اخرى اي الخلاف في الاعتاق على الخدمة في المدة المعلومة بناء على مسألة
خلافية اخرى اي الخلاف في الاعتاق على الخدمة في المدة المعلومة بناء على مسألة خلافية
غير هذه وهي ان من باع نفس العبد منه بجارية او اعتق عبده على جارية بعينها فقبل العبد
وعتق ثم استحقت الجارية او هلكت قبل التسليم يرجع المولى على العبد بقيمة العبد لا
بقيمة الجارية على قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد وزفر والشافعي يرجع عليه بقيمة
الجارية وهو قول ابي حنيفة اولا وجه البناء ان الجارية لما تعذر تسليمها بالاستحقاق
او الهلاك وجب تسليم قيمة المبدل اي العبد عندهما ووجب تسليم قيمة البدل اي الجارية
عند محمد فكذلك هنا لما تعذر تسليم الخدمة بموت العبد او المولى وجب تسليم قيمة المبدل
عندهما اعني قيمة العبد وعند محمد وجب تسليم قيمة البدل اي الخدمة قال في شرح
الطحاوي وكذلك لو لم تستحق ولكن وجد بها عيبا فردها فهو على هذا الاختلاف اذا كان
عيبا فاحشا وان كان غير فاحش فكذلك عندهما وعند محمد لا يرد على ردها لانه يجعل هذا مبادلة مال بغير
مال فاشبه النكاح والمراة لا ترد على رد المهر الا في العيب الفاحش كما ترجع في الاستحقاق بقيمة
ما استحق لا بمهر المثل قوله وهي معروفة اي مسألة بيع نفس العبد منه بجارية اذا
استحقت معروفة في طريقة الخلاف وثمه موضع بيانها وماخذ عنانها قوله فصار
نظيرها اي صار الاعتاق على الخدمة اذا مات العبد او المولى نظير مسألة بيع نفس العبد
منه بجارية اذا استحقت قوله ومن قال لآخر اعتق امتك على الف درهم على ان
تزوجنيها ففعل فابت ان تتزوجه فالعتق جائز ولا شيء على الامر وفي بعض نسخ الجامع الصغير
ذكر لفظ على قبل قوله على ان تزوجنيها وفي بعضها لم يذكر والوجوب مستفاد على الحالين لكن

ذكر على ادل على المراد والاصل ان من قال لغيره اعتق عبدك على الف درهم على ففعل
المامور لا يجب على الامر شيء بخلاف ما اذا قال لغيره طلق امراتك على الف درهم على او
قال خالع امراتك على الف درهم على ففعل تجب على الامر الالف والفرق ان اشتراط البدل
على الاجنبي في باب الطلاق جائز وفي العتاق ليس بجائز وذلك لان بدل الخلع على المراة مشروع من غير
ان يسلم لها شيء لان الخلع اسقاط محض فلما جاز اشتراط البدل عليها من غير سلامة شيء لها جاز اشتراطه
على الاجنبي ايضا من غير سلامة شيء له بخلاف الاعتاق فان فيه معنى الاثبات وان كان هو ازالة الملك
لان به يحصل قوة حكمية للعبد لم تكن ثابتة قبل الاعتاق فكان في معنى المعاوضة واشتراط العوض
لا يكون على غير من سلم له المعوض فلا يجب على الاجنبي شيء لانه لم يسلم له شيء بهذا الضمان ولهذا لو
قال للمولى بع عبدك من فلان على الف على لا يجب على الضامن شيء لان عوض امة البدل في المبادلة لا يجوز
على غير من سلم له المبدل الا بالكفالة ولا يمكن تصحيحه بطريق الكفالة عن العبد وعن المشتري
لانه لا يجب الثمن على المشتري ولا يجب المال على العبد فكيف يجب على الكفيل ثم لا تجبر المراة على التزوج
بعد العتق لانها صارت حرة مالكة امر نفسها قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير لم يذكر في
الكتاب اي في الجامع الصغير انها لو تزوجته ما حكمه ثم قال ينبغي ان يجب لها حصة الالف اذا
قسمت الالف على قيمتها وعلى مهر مثلها فما اصاب حصة قيمتها يسقط وما اصاب حصة مهر مثلها
يكون مهرا لها بمنزلة رجل قال لامراتين تزوجتكما على الف درهم فقبلت احداهما ولم تقبل الاخرى
فللتي قبلت حصة الالف فكذلك ههنا قوله وقد قررناه من قبل اي في باب الخلع على
سبيل الاشارة في مسألة خلع الاب بنته الصغيرة حيث قال لان اشتراط بدل الخلع على الاجنبي
صحيح فعلى الاب اولى ولكنه لم يذكر ثمه بان اشتراط البدل في العتاق على الاجنبي لا يجوز قوله
ولو قال اعتق امتك عني على الف درهم والمسألة بحالها قسمت الالف على قيمتها ومهر مثلها فما اصاب
القيمة اداه الامر وما اصاب المهر بطل عنه وهذه من مسائل الجامع الصغير ايضا يعني قال لرجل
لآخر اعتق امتك عني على الف درهم على ان تزوجنيها فقال المامور اعتقت ثم ابت المراة ان تتزوجه
فالحكم فيه ان يقسم الالف على قيمتها ومهر مثلها فحصة القيمة تجب على الامر وحصة المهر يسقط
لانه لما قال اعتق امتك عني تضمن الشراء اقتضاء فكانه قال بع امتك مني ثم اعتقها وقد جعل الالف
بازاء الشيئين بازاء الرقبة والبضع فيكون الالف منقسما عليهما فحصة الرقبة تجب عليه لانها سلمت له
حيث وقع العتق منه وحصة البضع تبطل لانه لم يسلم له حيث لم تتزوجه ولم يبطل البيع بشرط
النكاح لانه مدرج في الاعتاق فاخذ حكمه ولم يبطل بالشرط الفاسد قال الفقيه ابو الليث رحمه
الله ولو انها زوجت نفسها منه فان الجواب لم يذكر يعني في الجامع الصغير ثم قال ينبغي ان يجب
عليه الالف كاملا حصة القيمة للمولى وحصة المهر للجارية لانه قد سلم له تمام الشرط قوله
لما قال عني تضمن الشراء اقتضاء على ما عرف اي في اصول الفقه وقد بينا ذلك في اخر باب نكاح
الرقيق [illegible] باب نكاح اهل الشرك قوله فقد قابل الالف بالرقبة شراء وبالبضع نكاحا
لانه قال على ان تزوجنيها قوله ولو زوجت نفسها منه لم يذكره اي لم يذكر محمد في الجامع
الصغير حكم التزويج قوله ما اصاب قيمتها سقط في الوجه الاول واراد بالوجه الاول
ما اذا لم يقل عني وانما سقط حصة القيمة لعدم وجوب الضمان قوله وهي للمولى في الوجه
الثاني اي حصة القيمة للمولى في الوجه الثاني وهو ما اذا قال عني قوله وما اصاب مهر مثلها
كان مهرا لها في الوجهين اي فيما اذا قال عني او لم يقل عني والله اعلم

باب التدبير لما فرغ عن العتق الواقع في حالة
الحياة شرع في العتق الواقع بعد الموت لان الموت يتلوا الحياة والتدبير في اللغة هو النظر في
عاقبة الامر وكان المولى لما نظر في عاقبة امره وامر عاقبته اخرج عبده الى الحرية بعده وفي
الشرع هو العتق الواقع عن دبر من الانسان والدليل على جواز التدبير عتقه بعد موت المولى
بالاجماع ثم التدبير على نوعين مطلق ومقيد فالمطلق كما اذا علق عتقه بمطلق الموت مثل ان
يقول ان مت فانت حر او ان حدث بي حدث فانت حر او قال دبرتك او انت مدبر وكذلك اذا
قال اوصيت لك برقبتك او قال اوصيت لك بثلث مالي والمقيد كما اذا قال ان مت من مرضي هذا او
سفري هذا فانت حر وكذلك ان قتلت فانت حر او ان غرقت فانت حر فاذا مات من غير ذلك
الوجه لا يعتق وان مات منه يعتق في اخر جزء من اجزاء حياته **قوله** اذا قال المولى لمملوكه
اذا مت فانت حر او انت حر عن دبر مني او انت مدبر او قد دبرتك فقد صار مدبرا وهذه من
مسائل مختصر القدوري وتمامه فيه لا يجوز بيعه ولا هبته وانما وقع التدبير بهذه الالفاظ
لكونها صريحا فيه كالالفاظ الدالة على العتق فيه مثل قوله انت حر او حررتك **قوله** ثم
لا يجوز بيعه ولا هبته ولا اخراجه عن ملكه الا الى الحرية كما في الكتابة وقال الشافعي يجوز
اعلم ان بيع المدبر المقيد جائز بالاتفاق اما المدبر المطلق فلا يجوز بيعه عندنا وهو مذهب
مالك في الموطا وروى الترمذي في جامعه مذهب سفيان الثوري والاوزاعي كذلك وعند
الشافعي يجوز بيعه كالمقيد وهو مذهب احمد بن حنبل واسحاق وجه قول الشافعي ما روى جابر
في الصحيح البخاري وقال اعتق رجل منا عبدا له عن دبر فدعا النبي صلى الله عليه وسلم به فباعه
قال جابر مات الغلام عام اول قال في السنن اشتراه نعيم بن عبد الله من النحام بثمان مائة
وفي بعض الروايات في السنن بسبع مائة او تسع مائة وقال في الجامع الترمذي كان عبدا
قبطيا مات في امارة ابن الزبير فلو لم يجز بيع المدبر لما باعه رسول الله صلى الله عليه وسلم ولانه
تعليق العتق بالشرط وفي سائر التعليقات يجوز البيع قبل وجود الشرط فكذا في هذا التعليق
ولان التدبير وصية بالعتق بدليل انه يعتبر من الثلث وسائر الوصايا ليست بلازمة حتى
يجوز الرجوع منها صريحا او دلالة فكذا هذه الوصية يجوز الرجوع عنها ولنا ما ذكر محمد
بن الحسن رحمه الله في الاصل حديث ابي جعفر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم باع خدمة
المدبر ولم يبع رقبته يعني اجر المدبر وروى اصحابنا رحمهم الله في المبسوط وعن ابن عمر
المدبر لا يباع ولا يوهب وهو حر من الثلث وما رواه الشافعي يحمل على المدبر المقيد او على
ابتداء الاسلام حين كان يباع الحر او على بيع الخدمة لا الرقبة توفيقا بين حديثنا وحديثه
ولان من قبل الشافعي قد اجمعوا على عدم جواز بيعه كابي حنيفة وسفيان ومالك والاوزاعي
ثم لما نشا الشافعي بعدهم جوزه فصار هذا منه خرقا للاجماع فلا يجوز ولان التدبير
سبب للحرية في الحال فلا يجوز ابطاله بالبيع ونحوه كالاستيلاد بخلاف سائر التعليقات
فانها ليست باسباب في الحال ما لم يوجد الشرط فلا يصح القياس لان التعليق يمنع الوقوع
فلا يكون سببا في الحال لان السبب انما يكون سببا اذا صدر من الاهل مضافا الى المحل فما
لم يتصل بالمحل لا يكون سببا وما دام التعليق باقيا وهو ما قبل وجود الشرط لا يتصل بالمحل
فاذا اتصل بالمحل عند وجود الشرط لا يبقى التعليق فاذن بين الوقوع والتعليق مضادة فلا
يكون التعليق سببا في الحال الا انا جعلنا التدبير سببا في الحال لان ما بعد الموت حال بطلان

الاهلية فلا يتصور انعقاد السبب من غير الاهل فلاجل هذه الضرورة جعلناه سببا للحال بخلاف التدبير المقيد فانه
لم يجعل سببا في الحال لانه تردد في كونه سببا لانه ربما لا يموت من ذلك الوجه فاذا مات فحينئذ يجعل سببا في اخر
جزء من اجزاء حياته ولان التدبير المطلق وصية بالعتق فلا يجوز ابطالها لان الوصية بالعتق تقع معتبرة
الحكم لازمة ولهذا لا يشترط في التدبير القبول ولا يرتد بالرد بخلاف سائر الوصايا فانها يشترط فيها
القبول بعد الموت وترتد بالرد فلم يصح القياس والمراد من ان تقع معتبرة للحكم ان يصح التدبير اعتبارا له
بحال مثل احيا حكمه وهو العتق الى ما بعد الموت كما في قوله عليه السلام في ام الولد اعتقها ولدها **قوله**
وكالبيع بشرط الخيار فان الشرط ثمه ايضا دخل على الحكم لا السبب فان قيل
سلمنا ان ما بعد الموت حال بطلان الاهلية ولكن لا نسلم ان الاهلية تشترط عند وجود الشرط ولهذا
اذا علق الاهل الطلاق او العتاق بشرط ثم جن ووقت وجود الشرط يقعان فعلم ان الاهلية عند
وجود الشرط ليست بشرط قلنا بالجنون لا يبطل الاهلية
من كل وجه لان به تبطل من وجه دون وجه الا ترى ان المجنون اهل للملك وزواله ولهذا صح
تزوج الولي عليه وتبين امرأته بارتداد ابويه وكذا اذا باشر المجنون اسباب المصاهرة تثبت
بخلاف الميت فان اهليته تبطل اصلا فلم يصح القياس وهذا البيان كافي لاولي الالباب والباقي يعرف
في طريقة الخلاف **قوله** ثم جعله سببا في الحال اولى اي جعل التدبير وهذا هو المذهب عند
اصحابنا رضي الله عنهم وما قاله صاحب الهداية قبيل باب عتق احد العبدين بقوله وفي المدبر
ينعقد السبب بعد الموت فذاك منه تسامح قبض لا محالة وقد ذكرناه **قوله** وانه يضاد وقوع
الطلاق والعتاق اي ان المانع لوقوع الطلاق والعتاق يضاد وقوعهما فلا يكون التعليق سببا في الحال
فاخرنا السببية الى وجود الشرط ولا يمكن تاخير السببية في التدبير الى ما بعد الموت لانه زمان بطلان
الاهلية فلو لم يجعل سببا في الحال يلغو كلامه اصلا فان قيل
فلم لا يجعل سببا في اخر جزء من اجزاء حياته فحينئذ لا يلغو كلامه ايضا كما في المدبر المقيد قلنا
الاصل ان يجعل التصرف سببا حال وجوده ثم وجوده اما حقيقة وهي في حال التكلم او حكما وهو في
حال وجود الشرط لانه علقه به وتلفظ به فمن ادعى كونه سببا في حالة اخرى لم يتلفظ بها فعليه
البيان وفي المدبر المقيد تعذر جعله سببا في الحال لانه متردد فجعل سببا في اخر جزء من اجزاء حياته
لانه حينئذ زال التردد ولم يوجد التردد في المدبر المطلق فجعل سببا في الحال لما لم يمكن جعله
سببا بعد الموت **قوله** فافترقا اي افترق التدبير المطلق وسائر التعليقات **قوله**
ولانه وصية والوصية خلافة في الحال كالوراثة يعني ان التدبير المطلق وصية بالعتق والوصية
سبب الخلافة لان الموصي يجعل الموصى له خلفا في بعض ماله بعد موته فكذا هنا اثبت المولى
للمملوك في الحال خلافة في رقبته بعد موته وابطال سبب الخلافة لا يجوز كالوراثة **قوله**
وفي البيع وما يضاهيه ذلك والمضاهاة المشابهة واراد بما يضاهيه الهبة والامهار وذلك
اشارة الى ابطال السبب **قوله** قال وللمولى ان يستخدمه ويؤاجره وان كانت امة وطئها
وله ان يزوجها اي قال القدوري في مختصره اعلم ان التدبير المطلق لا يزيل الملك في الحال
وانما يثبت استحقاق العتق فكان الملك باقيا ولهذا اذا قال كل مملوك لي حر يعتق المدبرون وام
الولد بخلاف المكاتبين فان المكاتب لا يعتق ما لم ينوه كذا نص الحاكم في الكافي فلما كان الملك باقيا
كان للمدبر الاستخدام والاجارة والوطي والتزويج ولا يجوز بيع المدبر ولا رهنه ولا هبته
وحاصله ان كل تصرف لا يجوز في الحر لا يجوز في المدبر الا الكتابة وهذا لان الكتابة فك الحجر

في حق اليد والتصرف والمحل يقبله والرق لا يستبقى الدين منه والمحل لا يقبله **قوله** ثابت له اي للمولى وبه اي وبالملك **قوله** ولاية هذه التصرفات اشارة الى الاستخدام والاجارة والوطي والتزويج
قوله واذا مات المولى عتق المدبر من ثلث ماله هذا لفظ القدوري في مختصره اعلم ان المدبر اذا
مات مولاه يعتق من الثلث ان خرج من الثلث وهو قول سعيد بن جبير وشريح والحسن وابن سيرين
وروي عن ابن مسعود وابراهيم النخعي وحماد انه من جميع المال لنا ان حديث ابن عمر المدبر لا يباع ولا
يوهب وهو حر من الثلث ولان التدبير وصية لانه تبرع مضاف الى ما بعد الموت وسائر الوصايا
يعتبر فيها الثلث فكذا في التدبير وفائدة هذا هذا انه لو لم يكن لمولاه مال غيره يسعى في ثلثي قيمته
لانه احتبست عنده مالية الثلثين فوجب عليه السعاية ليخلص رقبتها من الرق **قوله** لما
روينا اشارة الى حديث ابن عمر وقد ذكرناه **قوله** والحكم اي العتق **قوله** ينفذ من الثلث
اي ينفذ التدبير من الثلث باعتبار انه مضاف الى ما بعد الموت **قوله** حتى لو لم يكن له مال غيره
اي غير المدبر وحتى لبيان النتيجة من قوله فينفذ من الثلث **قوله** وان كان على المولى دين سعى في
كل قيمته وهذا ايضا لفظ القدوري يعني اذا كان على المولى دين مستغرق لرقبة المدبر سعى في جميع قيمته
لغرما المولى لان الوصية لا تصح مع الدين المستغرق لان الدين مقدم على الوصية الا ان عتقه وجب بالموت
فلا يمكن فسخه فلزمه رد قيمته التي سلمت له **قوله** وولد المدبرة مدبر هذا لفظ القدوري في مختصره
وعامة النسخ ههنا بالتاء بالمضاف اليه وهو الصواب وفي بعض النسخ بالتذكير وليس بصحيح لان ولد العبد
المدبر لا يخلو اما ان كان من امة او حرة فان كان من امة يكون رقيقا لمولاه ولا يكون مدبرا كابيه وان كان من
حرة يكون حرا بخلاف ما اذا كان الولد من امة مدبرة فانه يكون مدبرا تبعا لامها لان الاوصاف القارة
في الامهات تسري الى الاولاد ولهذا صرح بالتاء في الشامل في قسم المبسوط وقال ولد المدبرة بمنزلتها
لما روي عن عثمان وزيد بن ثابت وابن عمر رضي الله عنهم ان ولد المدبرة مدبر وكذلك في الفتاوى الولوالجي
حيث قال وولد المدبرة بمنزلتها كولد الحرة وهذا مذهبنا وقال الشافعي لا يدخل الولد في تدبيرها لنا ما
روي عن ابن مسعود رضي الله عنه انه قال ولد المدبرة بمنزلتها يعتقها ويرق برقها وروي انه خوصم
الى عثمان في اولاد مدبرة فقضى ان ما ولدته قبل التدبير عبيد وما ولدته بعد التدبير مدبر وكان ذلك
بمحضر الصحابة من غير خلاف وبه قال شريح ومسروق وعطا وطاوس ومجاهد والحسن وقتادة
ولا نعرف من السلف خلاف ذلك كذا ذكره الشيخ ابو نصر البغدادي وغيره وقال صاحب الهداية
على ذلك نقل اجماع الصحابة رضي الله عنهم اي على هذا الحكم وهو ان ولد المدبرة مدبر ولان حرية الام
تعلقت بمطلق موت المولى فتسري الحق الى الولد كما في الاستيلاد فان قلت
حرية متعلقة بصفة فلا تسري الى الولد كما في تعليق الحرية بدخول الدار قلت
هذا القياس ليس بصحيح لمخالفة الاجماع وايضا لا بد للقياس من مماثلة بين المقيس والمقيس عليه فلا نسلم
المماثلة لان في المقيس حصل الاسم الخاص على الانفراد فصار كالاستيلاد وفي المقيس عليه لم يحصل الاسم
الخاص فافترقا **قوله** وان علق التدبير بموته على صفة مثل ان يقول ان مت في مرضي او
سفري او من مرض كذا فليس بمدبر ويجوز بيعه وهذه من مسائل القدوري اعلم انه اذا علق التدبير
بصفة كما في هذه النظاير كما في قوله ان قتلت فانت حر وفي قوله ان غرقت فانت حر لا يكون مدبرا
حتى يجوز بيعه وساير التصرفات فيه لان موته لهذه الصفة مترددة لانه يجوز ان لا يموت من
ذلك المرض او من ذلك السفر ويجوز ان لا يقتل وان لا يغرق ثم اذا مات من غير ذلك الوجه لا يعتق
لعدم الشرط وهو الموت بصفة وان مات من ذلك الوجه عتق في اخر جزء من اجزاء حياته لزوال

التردد حينئذ ولا يحتاج الى اعتاق الورثة بخلاف ما اذا اخر عتقه عن الموت فقال انت حر بعد
موتي بساعة او بيوم او بشهر ونحوه فانه لا يعتق الا باعتاق الورثة او الوصي او القاضي لانه وصية
بالاعتاق اما اذا اعلق عتقه بموته وشرط اخر كما اذا قال ان مت انا وفلان فانت حر او قال انت
حر بعد موتي وموت فلان لم يصر مدبرا الا اذا مات فلان قبله فحينئذ يصير مدبرا وكذلك
اذا قال اذا كلمت فلانا فانت حر بعد موتي فكلمه صار مدبرا وقبله لا يصير مدبرا كذا نص الحاكم
قوله وهو كاين لا محالة اي مطلق الموت كاين لا تردد فيه بخلاف الموت على صفة فان فيه ترددا فلا
ينعقد التدبير سببا في الحال **قوله** فان مات المولى على الصفة التي ذكرها عتق هذا لفظ القدوري
ايضا قال صاحب الهداية معناه من الثلث اي معنى قوله عتق **قوله** لتحقق تلك الصفة فيه اي
في اخر جزء من اجزاء حياته وهو دليل **قوله** يثبت التدبير في اخر جزء من اجزاء حياته يعني انما يثبت
التدبير في ذلك الوقت لتحقق الصفة بزوال التردد حينئذ **قوله** فلهذا يعتبر من الثلث
ايضاح لثبوت الحكم في اخر جزء من اجزاء حياته **قوله** ومن المقيد اي ومن جملة التدبير
المقيد **قوله** ان مت الى سنة فانت حر او قال ان مت الى عشر سنين فانت حر لما ذكرنا اي التردد
في الصفة **قوله** بخلاف ما اذا قال الى مائة سنة ومثله لا يعيش اليه في الغالب يعني اذا
قال ان مت الى مائة سنة فانت حر ومثله لا يعيش الى ذلك في الغالب يكون مدبرا لانه كالكاين لا محالة
وهذا الذي ذكره رواية الحسن عن ابي حنيفة في المنتقى وذكر الفقيه ابو الليث في نوادره لو ان
رجلا قال لعبده انت حر ان مت الى مائتي سنة قال ابو يوسف هذا مدبر مقيد وله ان يبيعه وقال
الحسن هو مدبر لا يجوز بيعه لانه علم انه لا يعيش الى تلك المدة فصار كانه قال ان مت فانت حر قال
الفقيه وهذا الاختلاف بمنزلة الاختلاف الذي قالوا في رجل تزوج امراة الى مائتي سنة قال
الحسن جاز النكاح لانهما لا يعيشان الى ذلك الوقت وفي قول علمائنا الثلاثة لا يجوز النكاح الى هنا
لفظ النوازل وقد ذكرنا في كتاب النكاح رواية الحسن عن ابي حنيفة قبيل باب الاولياء والاكفاء قال اذا
ذكر مدة لا يعيش الى مثله جاز النكاح ويلغو ذكر المدة واختار الولوالجي في فتاواه ما ذهب اليه ابو
يوسف حيث قال رجل قال لعبده انت حر ان مت الى مائتي سنة ثم باعه جاز بيعه لانه مدبر مقيد لانه
يتصور ان لا يموت الى مائتي سنة لا يجوز النكاح لانه موقت لانه يتصور ان يعيش اكثر من
مائة ويختم الباب بمسئلة ذكرها في الشامل في قسم المبسوط تكثيرا للفوائد قال انت حر يوم اموت
فان نوى الوقت يكون مدبرا لان اليوم يذكر ويراد به الوقت فكان العتق معلقا بمطلق الموت
وان نوى النهار لا يكون مدبرا لانه معلق باليوم لا بالموت والله اعلم

باب الاستيلاد

مناسبة باب الاستيلاد بباب
التدبير ظاهرة وهي ان في كل منهما استحقاق العتق في الحال وحقيقته بعد الموت الا ان التدبير لما
كان ثابتا بالانشاء كالعتاق قدمه على الاستيلاد فان ثبوته بثبوت النسب على وجه الاخبار لا على
الانشاء **قوله** اذا ولدت الامة من مولاها فقد صارت ام ولد لا يجوز بيعها ولا تمليكها اعلم
ان الاستيلاد طلب الولد لغة وام الولد من الاسماء الغالبة على بعض من يقع عليه الاسم كالنجم للثريا
والصعق لخويلد بن نفيل بن عمرو بن كلاب وهو في الاصل اسم لكل من اصابته الصاعقة ثم غلب
عليه وفي اصطلاح اهل الشرع ام الولد كل مملوكة ثبت نسب ولدها من مالك لها او مالك لبعضها
وذلك لان الاستيلاد تابع لثبات النسب فاذا ثبت النسب ثبت الاستيلاد والا فلا واما حكم الاستيلاد
فانه لا يجوز بيعها ولا اخراجها من ملكه بوجه من الوجوه ويجوز اعتاقها وتدبيرها وكتابتها ه

ووطيها واستخدامها هذا في حال حياة السيد فاذا مات السيد يكون حرة من جميع المال من غير سعاية
لا للغريم ولا للوارث قال في شرح الاقطع قال بشر بن غياث يجوز بيع ام الولد لنا اجماع الصحابة على
عدم جواز بيعها الا ترى الى ما حدث ابو داود في سننه باسناده الى عطاء عن جابر بن عبد الله
قال بعنا امهات الاولاد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وابي بكر فلما كان عمر نهانا فانتهينا
وذكر محمد بن الحسن في الاصل حديث سعيد بن المسيب قال امر رسول الله صلى الله عليه وسلم
بعتق امهات الاولاد من غير الثلث وقال لا يبعن في دين وحديث ابراهيم النخعي ان عمر بن
الخطاب رضي الله عنه كان ينادي على منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم الا ان بيع امهات الاولاد
حرام ولا رق عليها بعد مولاها وذكر محمد بن عبد الله بن قارب قال اشترى ابي امة من رجل قد
اسقطت منه فامر عمر بن الخطاب بردها وقال ابعد ما اختلطت لحومكم بلحومهن ودماؤكم
بدمائهن وعن ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم قال حين ولدت ام ابراهيم
اعتقها ولدها ولان نسب ولدها ثابت من مولاها فلم يجز بيعها كما في حال الحمل ولان الجزئية
ثابتة بين الواطي والموطوءة بواسطة الولد حيث يضاف الولد الى كل واحد منهما كملا ولهذا
يثبت حرمة المصاهرة فصارت اصوله وفروعه كاصولها وفروعها وبالعكس فلما كان
الولد مضافا الى الواطي صارت الجارية ايضا مضافة اليه بواسطة ولده فيضاف اليه والى هذا اشار
رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله اعتقها ولدها اي صار الولد معتقا لها بنفسه لكن بعد انفصال
الولد ضعف السبب اعني سبب العتق وهو الجزئية بينهما لان الجزئية تثبت حكما لا حقيقة فلما
ضعف السبب ثبت حكم العتق متراخيا الى ما بعد الموت ولم يثبت في الحال ولم يجز بيعها في الحال
وان لم يثبت العتق في الحال لانها استحقت الحرية فلو جاز بيعها لبطل استحقاقها **قوله** وثبات
الجزئية حكما باعتبار النسب وهو من جانب الرجال فكذا الحرية تقع في حقهم لا في حقهن وهذا
جواب سؤال مقدر بان يقال لو كانت الجزئية حكما بواسطة الولد بين الواطي والموطوءة
سببا لثبوت عتق الجارية بعد موت السيد والجزئية تشملهما جميعا كان ينبغي ان يعتق الواطي
بعد موت الموطوءة اذا ملكته بعد الولادة بان تزوجت حرة عبد الغير ثم ولدت منه فاشترته
فماتت فاجاب عنه بهذا الكلام يعني ان الجزئية باعتبار النسب والنسب الى الاباء لا الى الامهات
وهو معنى قوله وهو من جانب الرجال فلهذا تقع الحرية في حقهم لتحقق سببها وهو الجزئية
باعتبار النسب حتى اذا استولد رجل جارية الغير بنكاح ثم ملكها تصير ام ولد له عندنا
خلافا للشافعي وهي مسئلة المبسوط ولا تقع الحرية في حقهن لعدم تحقق السبب لان النسب
ليس اليهن حتى اذا ملكت زوجها بعد ما ولدت منه لا يعتق الزوج اذا ماتت فاعرفه فقد خبط
بعضهم في شرحه في هذا المقام ثم اعلم ان الاستيلاد فرع النسب فكل علوق تعلق به ثبوت
النسب صارت الجارية ام ولد بذلك العلوق وما لا يتعلق به ثبوت النسب فلا تصير ام ولد
به ولهذا اذا استولدها بزنا ثم ملكها لا تصير ام ولد لعدم النسب ولو استولدها بنكاح ثم
ملكها تصير ام ولد لوجود النسب ولا يقال يرد عليكم ما ذكر في دعوى الاصل وهو قوله
امة بين رجلين ولدت ولدا فقال كل واحد منهما لصاحبه ان الولد ابنك لا يكون ابن واحد
منهما وهي موقوفة بمنزلة ام الولد موقوفة لا يملكها واحد منهما فقد اثبت الاستيلاد بغير
ثبوت النسب والاستيلاد فرع للنسب فلا يثبت مع عدم النسب كما لو ولدت من الزنا لانا
نقول اجمعا على ان نسب الولد ثابت في الجملة لان كل واحد منهما اقر على صاحبه بثبوت نسب

الولد

الولد وان الجارية ام ولد فلم يعر الاستيلاد عن النسب **قوله** فكذا الحرية صحت الرواية بالحاء لا بالجيم وهذا
نتيجة لما تقدم فلهذا ذكر بالفاء يعني ان الجزئية لما كانت باعتبار النسب انتجت ان الحرية وقعت في حقهم لا في
حقهن والبيان مر منه **قوله** وكذا اذا كان بعضها مملوكا لان الاستيلاد لا يتجزى يعني اذا كانت الجارية
مشتركة بين اثنين فاستولدها احدهما يكون كل الجارية ام ولد له كما يجيء في هذا الباب ان شاء الله تعالى
وذلك لان الاستيلاد فرع النسب والنسب لا يتجزى فكذلك فرعه وهو الاستيلاد فيما يمكن نقل الملك فيه
وهذا خلاف ما قال في باب العبد يعتق بعضه بقوله والاستيلاد يتجزى عنده حتى لو استولد نصيبه
من مدبرة يقتصر عليه لان نصيب الشريك لا يقبل النقل فاقتصر الاستيلاد على نصيب المستولد وقد
بينا في ذلك الباب ومعنى قولنا الاستيلاد لا يتجزى ان لا يتجزى فيما يمكن نقل الملك فيه والمدبرة ليست
بقابلة للنقل من ملك الى ملك فلا يتناقض ما قال هنا وما قال ثمة **قوله** وله وطيها واستخدامها واجارتها
وتزويجها وهذه من مسائل القدوري وذلك لان الملك لم يزل عن ام الولد كالمدبر وانما ثبت لها حق
العتق لا حقيقة فلا يمنع هذه المعاني لعدم زوال الملك **قوله** ولا يثبت نسب ولدها الا ان يعترف
به وهذا لفظ القدوري في مختصره اي لا يثبت نسب ولد الامة الا اذا اعترف به المولى سواء وطيها
او لم يطأها وقال الشافعي الامة تصير فراشا بالوطي فاذا اقر بوطيها ثم اتت بولد ثبت نسبه منه وان لم
يدعه كذا في شرح الاقطع وجه قوله ان نسب ولد المنكوحة يثبت بمجرد عقد النكاح بلا دعوة لان العقد
مفض الى الولد فلان يثبت نسب ولد الامة بمجرد الوطي بلا دعوة اولى لان الوطي اكثر افضاء الى الولد من
العقد ولنا ان وطي الامة قد يقصد به الولد وقد يقصد به قضاء الشهوة دون الولد لوجود المانع عن
طلب الولد لانه اذا استولدها يسقط عنها التقوم عند ابي حنيفة وينتقص قيمتها عندهما فلما كان وطي
الامة محتملا لم يكن مجرد الوطي دليلا على الفراش فلم يثبت النسب بلا دعوة كجرح ملك اليمين بخلاف المنكوحة
فان نسب ولدها يثبت بمجرد عقد النكاح لان النكاح لم يشرع الا لطلب الولد وكان العقد دليلا عليه فثبت
النسب بلا دعوة ولان الوطي في الامة لو ثبت به الفراش بلا دعوة لثبت بالسبب المبيح للوطي ايضا وهو
ملك اليمين كالوطي في المنكوحة لما ثبت به الفراش ثبت بالسبب المبيح له وهو ملك النكاح واللازم منتف
فينتفي الملزوم وهو ثبوت الفراش بوطي الامة فان قلت
الفراش يثبت بمجرد وطي الامة بدليل ما حدث البخاري في الصحيح باسناده الى عروة بن الزبير ان
عائشة رضي الله عنها قالت كان عتبة بن ابي وقاص عهد الى اخيه سعد بن ابي وقاص ان يقبض اليه
ابن وليدة زمعة فلما قدم رسول الله صلى الله عليه وسلم زمن الفتح اخذ سعد بن وليدة زمعة فاقبل
به الى رسول الله صلى الله عليه وسلم واقبل معه بعبد بن زمعة فقال سعد يا رسول الله هذا
ابن اخي عهد الي انه ابنه فقال عبد بن زمعة يا رسول الله هذا اخي ابن زمعة ولد على فراشه
فنظر رسول الله الى ابن وليدة زمعة فاذا هو اشبه الناس به فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم
هو لك يا عبد بن زمعة من اجل انه ولد على فراش ابيه قال رسول الله احتجبي منه يا سودة بنت
زمعة لما راى من شبهه بعتبة وكانت سودة زوج النبي صلى الله عليه وسلم والوليدة هي الامة
قلت لا نسلم لان النبي عليه السلام لم يحكم بالفراش بثبوت
النسب لانه قال هو لك يا عبد بن زمعة فلو اثبت النسب لقال هو اخوك وقوله هو لك يفيد
التمليك لا النسب وهو المعلوم من كلام العرب ولانه صلى الله عليه وسلم امر سودة بالاحتجاب
عنه فلو اثبت النسب لكان اخاها فلا تحتجب الاخت عن الاخ **قوله** لوجود المانع عنه اي عن
طلب الولد والمانع سقوط التقوم عنها عند ابي حنيفة لان ام الولد ليست متقومة عنده فنقصان القيمة

عند صاحبه لان قيمتها ثلث قيمة القن لبقاء منفعة الوطي وزوال منفعة السعاية والبيع وتقدير
بيان انها ليست بمتقومة في احر ابواب العبد يعتق بعضه **قوله** مقصودا منه اي من العقد يعني
ان الولد هو المقصود من العقد في المنكوحة **قوله** فان جائت بعد ذلك بولد ثبت نسبه بغير
اقرار هذا لفظ القدوري في مختصره اي فان جائت الامة بولد بعد اعتراف المولى بولدها الاول
ثبت نسب ولدها بعد الولد من غير اعتراف لانه لما اعترف بالولد الاول صارت الامة فراشا لانه
تعين الولد مقصودا من الوطي ولم يبق احتمال قضاء الشهوة فثبت نسب ولدها بعد ذلك بلا دعوة
كما في المنكوحة لما كانت فراشا لم يكن حاجة الى الدعوة في ثبوت النسب وهو معنى قوله كالمعقودة اي
كالمنكوحة الا ان الامة وان كانت فراشا بالدعوة ينتفي نسب ولدها بمجرد النفي من غير لعان لان في فراش
ام الولد ضعفا حيث يقبل النقل من فراش المولى الى فراش غيره بالتزويج بخلاف فراش المنكوحة فانه
قوي لا يقبل النقل ولهذا لم ينتف نسب ولدها بمجرد النفي حتى ينضم اليه اللعان والحاصل ان الفراش ثلثة
قوي كفراش الزوجة يثبت نسب ولدها من غير دعوة ولا ينتفي الا باللعان ووسط كفراش ام الولد
يثبت نسب ولدها من غير دعوة وينتفي بغير لعان وضعيف كفراش الامة لا يثبت نسب ولدها الا بالدعوة
وينتفي بغير لعان فاشبه فراش ام الولد فراش المنكوحة من وجه من حيث ان نسب ولدها يثبت من غير
دعوة فصار فيه قوة وفراش الامة من وجه حيث انتفى نسب ولدها بمجرد النفي فصار فيه ضعف فكان
وسطا **قوله** وهذا الذي ذكرناه حكم اي الذي ذكرناه من مختصر القدوري في قوله ولا يثبت نسب
ولدها الا ان يعترف به بيان الحكم والقضا يعني لا يثبت نسب ولد الامة من المولى قبل اعترافه قضا اما
حكم الديانة وهي الامر فيما بينه وبين الله تعالى فان كان وطيها ولم يعزل عنها وحصنها يلزمه دعوة الولد عملا
بالظاهر لان الظاهر من حال المسلمة ان لا يكون ولدها من الزنا وعدم العزل دليل ظاهر على ان الولد من المولى
والعمل بالظاهر واجب والمراد من التحصين ان يمنعها من الخروج والبروز عن مظان الريبة والعزل ان
يطاها ولا ينزل في موضع المجامعة اما اذا وطيها وعزل او وطيها ولم يعزل لكن لم يحصنها جاز للمولى نفي الولد
لتعارض الظاهرين وذلك ان عدم الزنا وان كان ظاهرا فالعزل او عدم التحصين ايضا دليل ظاهر على
ان الولد من الزنا فوقع الشك والاحتمال في كون الولد من المولى فلم يلزمه الدعوة بالشك والاحتمال
فجاز نفيه وهذا اعني لزوم الدعوة في الصورة الاولى وجواز النفي في الصورة الثانية مروي
عن ابي حنيفة رضي الله عنه **قوله** لان هذا الظاهر اشارة الى قوله لان الظاهر ان الولد منه **قوله**
يقابله ظاهر اخر وهو ان يكون الولد من الزنا مر بيانه انفا **قوله** وفيه روايتان اخراوان عن ابي
يوسف ومحمد رحمهما الله وفي بعض النسخ اخريان وهو الصحيح وقال بعضهم في شرحه والاصح اخراان وذاك
ليس بشي كاخراوان لان ما اخره الف مقصورة اذا كانت رابعة فصاعدا انقلب يا في التثنية لا محالة كقولهم
اغثيان وحبليان وحباريان والالف في اخرى مقصورة رابعة كما ترى لانها بنت الاخر فلم يكن في
تثنيتها وجه سوى ان يقلب الفها يا بخلاف مذروان فيما سمع في الالتين حيث قيل بالواو لعدم
التثنية لانه لم يقل مذرى ثم مذروان ولهذا يقال في تثنية المذرى الذي هو آلة التذرية مذريان
بالياء ايضا وقد عرف في موضعه وفي بعض النسخ كرر لفظ عن فقال عن ابي يوسف وعن محمد وقال
بعض الشارحين اي عن ابي يوسف رواية واحدة وعن محمد كذلك رواية واحدة وهو فائدة
اعادة عن ولنا نظر في فائدة اعادة عن لانك اذا قلت اخذت درهمين عن زيد وعمرو بلا تكرار عن لا
يفهم ان الدرهمين اخذا عن زيد والدرهمين الاخرين اخذا عن عمرو بل المفهوم ان الدرهمين بعضهما
حصل من زيد والبعض الباقي من عمرو فكذا فيما نحن فيه بعض الروايتين عن ابي يوسف وبعضها

عن محمد

عن محمد فيكون عن كل منهما رواية واحدة فلا حاجة الى تكرار عن بل تكرار عن يوهم ان الروايتين
عن ابي يوسف وروايتان اخريان عن محمد وليس كذلك ثم الروايتان ذكرنا في المبسوط فقال
وعن ابي يوسف اذا وطيها ولم يستبرئها بعد ذلك حتى جائت بالولد فعليه ان يدعيه سواء عزل
عنها او لم يعزل حصنها او لم يحصنها تحسينا للظن بها وحملا لامرها على الصلاح ما لم يتبين خلافه
وعن محمد قال لا ينبغي ان يدعي النسب اذا لم يعلم انه منه ولكن ينبغي ان يعتق الولد ويستمتع
بها ويعتقها بعد موته لان استلحاق نسب ليس منه لا يحل شرعا فيحتاط من الجانبين وذلك فيما
ان لا يدعي النسب ولكن يعتق الولد ويعتقها بعد موته لاحتمال ان يكون منه وقال في الايضاح
قال ابو يوسف اذا كان وطيها ولم يحصنها فاحب الى ان يدعيه وقال محمد احب الي ان يعتق
ولدها ويستمتع منها فاذا مات اعتقها ولفظ المبسوط يدل على الوجوب ولفظ الايضاح يدل
على الاستحباب **قوله** وان زوجها المولى من رجل فجائت بولد فهو في حكم امه وهذا
لفظ القدوري في مختصره قال الحاكم في الكافي وان زوج ام ولده من رجل فولدت له ولدا
فالولد بمنزلة الام يعني اذا مات المولى يعتقان من جميع المال وذاك لان الاستيلاد استقر
فيها والاوصاف القارة في الامهات تسري الى الاولاد لان الولد جزء الام فيحدث على وصفها
كالتدبير ولهذا كان ولد الامة قنا وولد الحرة حرا لكن نسب الولد الى الزوج لان فراش ام
الولد من المولى يبطل بفراش الزوج لان فراش النكاح اقوى حتى اذا ادعاه المولى لا يثبت نسبه
منه لان النسب ليس بمتجز فلا يثبت من المولى بعد ان ثبت من الزوج ويعتق ولدها بدعوة المولى
وان لم يثبت النسب منه لاقراره بالحرية قال صاحب الهداية تصير امه ام ولد له لاقراره وفيه
نظر لنا لان الصيرورة تستعمل في الانتقال من حال الى حال والام ام ولد للمولى لا محالة لان
الكلام وقع في تزويج ام الولد فلا حاجة الى ان يقول تصير امه ام ولد له فلو كان الكلام في
تزويج الامة لتمشى ولهذا قال في الشامل في قسم المبسوط زوج امته من عبده فولدت فادعى
المولى الولد لا يثبت النسب الا من العبد لانه ملك المتعة ثابت للعبد فلا يصح دعوى المولى فيه
ويعتق الولد باقراره بالحرية وتصير الجارية ام ولد لانه اقر لها بحق الحرية ثم اعلم ان تزويج
ام الولد انما يصح اذا لم تكن حاملا فان كانت حاملا فالنكاح باطل للزوم الجمع بين الفراشين وقد
مر بيانه في فصل المحرمات في كتاب النكاح **قوله** اذ الفاسد ملحق بالصحيح في حق الاحكام
اي النكاح الفاسد ملحق بالنكاح الصحيح في حق الاحكام لثبوت النسب ووجوب المهر والعدة لكن
بعد الدخول لان النكاح الفاسد لا حكم له قبل الدخول لكونه واجب الرفع فاذا دخل بها
يكون له شبهة الصحيح فيلحق به في حق الاحكام قال بعضهم في شرحه ومن الاحكام ثبوت
النسب وعدم جواز البيع والوصية قوله ثبوت النسب مسلم اما قوله وعدم جواز البيع
والوصية فلا تعلق له بالنكاح اصلا لا بالصحيح ولا بالفاسد فلا ادري اين كان قلب هذا
الشارح وقت الشرح **قوله** ولو ادعاه المولى لا يثبت نسبه منه اي لو ادعى المولى ولد
ام الولد الذي ولد من الزوج لا يثبت نسب الولد من المولى **قوله** واذا مات المولى عتقت
من جميع المال هذا لفظ القدوري ايضا اي اذا مات مولى ام الولد عتقت سواء زوجها مولاها
من رجل او لم يزوجها لكن عتقها يعتبر من جميع المال سواء خرجت من الثلث او لم تخرج
وهذا لما روى محمد بن الحسن في الاصل حديث سعيد بن المسيب قال امر رسول الله صلى الله
عليه وسلم بعتق امهات الاولاد من غير الثلث وقال لا يبعن في دين ولان الولد من الحوائج

الاصلية لان المرء محتاج الى ابقاء النسل كما انه محتاج الى ابقاء النفس ولهذا كان له ان يتملك مال ابنه
بلا اذنه دفعا لحاجته لكن حاجته الى ابقاء النفس فوق حاجته الى ابقاء النسل ولهذا اذا استولد
جارية ابنه فولدت منه كانت ام ولد له بالقيمة واذا تناول طعام الابن لا يضمن القيمة فلما كان
الاستيلاد من الحوائج الاصلية قدمت ام الولد على الدين والارث كالتكفين فلم تلزم السعاية
عليها لا لغريم ولا لوارث بخلاف المدبر فانه يعتق من الثلث اذا مات مولاه وعليه السعاية
لغريم وكذا يسعى لوارث اذا لم يخرج من الثلث لانه من زوائد الحوائج لكونه وصية بالعتق
قوله بخلاف التدبير اي الاستيلاد بخلاف التدبير ولهذا لا يقدم المدبر على حق الورثة والدين
لكونه من زوائد الحوائج **قوله** لما روينا اشار به الى حديث سعيد بن المسيب وهو ان النبي صلى
الله عليه وسلم امر بعتق امهات الاولاد وان لا يبعن في دين وفي بعض نسخ الفقه وان لا يسعين
في دين **قوله** ولانها ليست بمال متقوم وذلك لان ام الولد لا تحرز احراز الاموال وقد
مر بيان ذلك قبيل باب عتق احد العبدين قال في تحفة الفقهاء والولد لا تضمن عند ابي حنيفة
بالغصب ولا بالقبض في البيع الفاسد ولا بالاعتاق بان كانت ام ولد بين شريكين فاعتقها احدهما
لم يضمن المعتق لشريكه ولم تسع ايضا في شيء وقالا ابو يوسف ومحمد تضمن في ذلك كله ثم قال في
التحفة واجمعوا ان المدبر متقوم وروي عن محمد في الاملاء انه قال ان ام الولد تضمن في الغصب عند
ابي حنيفة بما يضمن به الصبي الحر اذا غصب اراد لهذا انها اذا كانت من سبب حادث من جهة
الغاصب بان ذهب بها الى طريق فيها سباع فافترسها ونحو ذلك ثم قال فيها واجمعوا انها تضمن بالقتل
لان دمها متقوم وضمان القتل ضمان دم وهي من مسائل الخلاف **قوله** حتى لا تضمن
بالغصب يعني اذا غصب ام الولد فماتت ميتة نفسها عند الغاصب لم يضمنها عند ابي حنيفة خلافا
لهما لانها ليست بمتقومة عنده واما المدبر اذا مات عند الغاصب فهو ضامن لقيمته
بالاتفاق لان المدبر متقوم بالاجماع ولا يلزم على هذا ما ذكر في الجامع الصغير ان المدبر
اذا مات عند المشتري لا يكون مضمونا كام الولد لا تكون مضمونة اذا ماتت عند المشتري عند
ابي حنيفة اما ام الولد فظاهر واما المدبر فانما لم يضمن لانه اخذه باذن البائع فصار امانة
في يده فلم يكن مضمونا اذا هلك عند المشتري وان كان متقوما والمسألة تجيء في كتاب البيوع
ان شاء الله تعالى **قوله** فلا يتعلق بها حق الغرماء كالقصاص يعني لما لم تكن ام الولد مالا
متقوما لم يتعلق بام الولد حق الغرماء كالقصاص لما لم يكن مالا متقوما لم يتعلق به حق الغرماء
حتى اذا مات المديون وهو ولي القصاص لم يكن للغرماء ان يطالبوا من عليه القصاص
لاستيفاء حقوقهم فلا يجوز ان ياخذوا مالا بمقابلة ما ليس بمال وكذا اذا قتل المديون
رجلا عمدا لم يكن للغرماء ان يمنعوا ولي القصاص من استيفاء القصاص لان حق الغرماء لا يتعلق
بالقصاص لانه ليس بمال وكذا اذا جرح رجل مديونا فعفا عنه ثم سرى الى النفس لا يعتبر
منع الغرماء عن العفو لان حقهم لا يتعلق بالقصاص لعدم كونه مالا **قوله** واذا
اسلمت ام ولد النصراني فعليها ان تسعى في قيمتها وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة
ذكرها محمد في كتاب المكاتب فيه ثم هي لا تعتق حتى تؤدي قيمتها وعند زفر تعتق في الحال
وعليها السعاية وهي حرة تسعى في قيمتها وكذا الخلاف في مدبر النصراني اذا اسلم المدبر
ذكره في المختلف ثم هذا الخلاف بعد اباء النصراني الاسلام اذا عرض عليه لانه اذا اسلم
بعد العرض تبقى ام ولد وهو مذكور في المتن وجه قول زفر رحمه الله انها لما اسلمت وجب

ازالتها

ازالتها عن ملك النصراني لان المسلمة لا يجوز ان تكون في ذل النصراني ولم يمكن البيع لان ام الولد لا
يجوز بيعها فكذا المدبر فتعين الازالة بالعتق فتسعى بعد ذلك ولنا ان المسلمة لا يجوز ان تكون
في ذل النصراني فوجب اخراجها عن ملكه دفعا للذل ولا يمكن البيع لما قلنا ولا يجوز ان يبطل ملك
النصراني مجانا لانه معصوم فوجب عليها السعاية فلا تعتق ما لم تؤد قيمتها لانها اذا اعتقت
تسعى بعد ذلك كما هو مذهب زفر يؤدي الى تعطيل حق المولى لتوانيها في الكسب حينئذ
لحصول الحرية قبل السعاية فقلنا تسعى ثم تعتق نظرا للجانبين لانها اذا سعت تصل الى
شرف الحرية وهي حرة يدا حال السعاية ويصل المولى الى بدل ملكه وهذا بخلاف مملوك
النصراني اذا اسلم فانه يؤمر بالبيع لان البيع اوجب للحقوق لان المكاتب ربما يعجز فيحتاج الى
بيعه فصارت الكتابة بمنزلة البدل عن البيع فلا يصار الى البدل ما دام الاصل مقدورا
عليه ولا يلزم على ما قلنا ان الكتابة على القيمة باطلة لانها انما تبطل اذا لم تعقد القيمة وفي
المسألة ههنا ان القاضي يعقد القيمة فيقيمها عليها كذا قال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير
فلو عجزت عن اداء القيمة لا ترد الى الرق لانها لو ردت الى الرق ترد الى الكتابة لموجب الكتابة
وهو اسلامها فيلزم الدور وهو فاسد لكن اذا مات النصراني تعتق ولا سعاية عليها لكونها ام
ولد فالوا قيمة ام الولد ثلث قيمتها قنة مر في هذا الباب وفي باب العبد يعتق بعضه ايضا
قوله وماليته ام الولد يعتقدها الذمي متقومة فيترك وما يعتقده اي يترك الذمي
مع ما يعتقده لقوله عليه السلام اتركوهم وما يدينون وهذا الذي ذكره جواب سؤال مقدر
بان يقال كيف تسعى ام ولد النصراني والسعاية في القيمة دليل التقوم وام الولد ليست بمتقومة
عند ابي حنيفة فاجاب بهذا وهو ظاهر ولان بدل الكتابة بمقابلة ما ليس بمال وهو فك الحجر
فلم يدل السعاية على تقوم ام الولد وقد مر بيان ذلك في باب العبد يعتق بعضه **قوله**
ولو مات مولاها اي مولى ام ولد النصراني وهو النصراني **قوله** لقيام الموجب اي الموجب
للكتابة وهو اسلام ام الولد **قوله** ومن استولد امة غيره بنكاح ثم ملكها صارت ام ولد
له وهذه من مسائل القدوري اي صارت ام ولد له شرعا لانها كانت ام ولد له من قبل حقيقة
قال في شرح الطحاوي فان استولدها وهي في ملك الغير بنكاح ثم اشتراها مع الولد او بغير الولد
صارت ام ولد له عندنا وعند الشافعي لا تصير ام ولد له وكذلك لو ثبت نسب ولدها بوطي
بشبهة ثم ملكها فهي ام ولد من حين ملكها لا من وقت العلوق عندنا كذا في التحفة وفائدة
كونها ام ولد من وقت الملك انه لو ملك ولدها منه عتق عليه لقوله عليه السلام من ملك
ذا رحم محرم منه فهو حر ولو ملك ولدها من غيره لم يعتق لانه ليس بابن ام ولد له وله
بيعه عندنا لان الاستيلاد ثبت فيها من حين ملكها وعند زفر كل من ولدت بعد ثبوت
نسب ولدها منه ثم ملكه فهو ابن ام ولد له ولنا ان الاستيلاد ثبت فيها من وقت الملك والولد
منفصل في تلك الحال ولا سراية في المنفصل وجه قول زفر اذا ملكها تصير ام ولد له
بالعلوق السابق فبعد ذلك العلوق كل من ولدت ثبت له حق الحرية ثم وجه قول الشافعي
في اصل المسألة انه وطي في غير ملكه فلا يتعلق به الاستيلاد ولهذا لو وطي جارية الغير
زنية ثم ملكها لا تصير ام ولد له بالاتفاق ولنا ان سبب امية الولد الجزئية الثابتة
بين الواطي والموطوءة بواسطة الولد لان الولد ينسب الى كل واحد منهما كملا والنسب ثابت
فتثبت الجزئية ايضا بناء عليه فلما ثبتت الجزئية صارت ام ولد فثبت لها حق العتق لتحقق السبب

بخلاف ما اذا استولدها بالزنا لان ولد الزنا ليس بثابت النسب وامومية الولد فرع ثبات النسب فلما
لم يثبت النسب لم يثبت امومية الولد وقال في شرح الاقطع قالوا لو زنى رجل بامة فولدت
ثم ملكها عتق الولد عليه وجاز بيع الام وقال زفر لا يجوز بيعها وهي بمنزلة ام ولد لنا ان
الاستيلاد حرية يتعلق بالنسب والنسب لم يثبت فلم يثبت الاستيلاد وانما عتق الولد لانه في حكم
الجزئية وجه قول زفر ان حكم الحرية لما ثبت لهذا الولد بالولادة ثبت لامه ذلك كالولد
الثابت النسب **قوله** وله فيه قولان اي وللشافعي فيما اذا استولد الجارية بملك يمين ثم
استحقت ثم ملكها قولان في قول تصير ام ولد وفي قوله الاخر لا تصير ام ولد **قوله**
وهو ولد المغرور والمغرور من يطا امراة معتمدا على ملك يمين او نكاح فتلد منه ثم تستحق
وسيجي بيانه في كتاب الدعوى ان شاء الله تعالى والولد حر بالقيمة يوم الخصومة **قوله**
وهذا لان امومية الولد باعتبار علوق الولد حرا وهذا اشارة الى قوله فلا تكون ام ولده
يعني انها لا تكون امة الغير التي استولدها بنكاح ثم ملكها ام ولد لان امومية الولد باعتبار
علوق الولد حرا بان استولدها في ملكه فاذا انعلق الولد حرا يثبت امومية الولد كيلا يلزم
المخالفة بين الجزو والكل وهنا انعلق الولد رقيقا لان الامة تحبس بملك المستولد فلا يثبت
امومية الولد ايضا **قوله** على ما ذكرنا من قبل اشارة الى قوله في اول الباب ولان الجزئية
قد حصلت بين الواطي والموطوءة بواسطة الولد **قوله** وانما يعتق على الزاني اذا ملكه
اي ملك ولد الزنا هذا جواب سوال يرد عليه بان يقال اذا لم يثبت نسبة الولد الى الزاني
كيف يعتق عليه اذا ملكه فقال انما يعتق عليه لانه جزءه حقيقة بغير واسطة له
بخلاف امومية الولد فانها لو ثبتت ثبت بواسطة نسبة الولد ونسبة الولد الى الزاني
منقطعة فلا يثبت امومية الولد كما اذا اشترى اخاه من الزنا لا يعتق عليه لان الاخ
ينسب الى اخيه بواسطة نسبة الوالد ونسبة الوالد منقطعة فلا يثبت الاخوة ايضا قالوا
هذا اذا كان اخاه من ابيه اما اذا كان اخاه من امه وقد ولدته امه زنية يعتق عليه
اذا ملكه لان نسبة الولد عن الام لا تنقطع فيكون الاخوة ثابتة فيعتق بالملك **قوله**
وهي عندنا ثابتة اي نسبة الولد عندنا ثابتة في صورة الزنا **قوله** واذا وطي جارية ابنه
فجاءت بولد فادعاه ثبت نسبه وصارت ام ولد له وعليه قيمتها وليس عليه عقرها ولا قيمة
ولدها وهذا لفظ القدوري في مختصره والاصل فيه قوله عليه السلام انت ومالك
لوالدك وروي لابيك رواه عمرو بن شعيب في السنن عن ابيه عن جده عن النبي صلى الله عليه
وسلم بيانه ان للاب تناول مال الابن دفعا لحاجته الى بقا نفسه فكذلك له تناوله لحاجته
الى بقا نسله بموجب الحديث فثبت له الملك في جارية الابن قبيل الاستيلاد شرطا لصحة
الاستيلاد لكن بالقيمة لان الحاجة الى بقا النسل دون الحاجة الى بقا النفس لان الحاجة
الى بقا النفس ضرورية ولهذا يتناول طعام الابن بلا قيمة فحصل الاستيلاد اذن في ملك
الاب فانعلق الولد حرا فلم يلزمه قيمته وكذا لم يلزمه عقر الجارية لان ضمان الجزء
يندرج تحت ضمان الكل كمن قطع يد رجل فمات والمسألة مع بيانها مستوفى في باب
نكاح الرقيق وهو المراد بقوله وقد ذكرنا المسألة بدلائلها في كتاب النكاح ثم لو في
لفظ الجارية اشارة الى انها لو كانت مدبرة الابن او ام ولده فالدعوة باطلة وفيه
اشارة ايضا الى انه لو وطئها الابن او لم يطاها سوا لان حرمة الوطي لا تمنع ثبوت النسب

وثبوت الملك وفيه اشارة الى ان يكون الجارية في ملك الابن من وقت العلوق الى وقت الدعوة وان يكون الاب صاحب
ولاية من ذلك الوقت الى وقت الدعوة بان لا يكون كافرا ثم اسلم او يكون عبدا ثم عتق ولهذا لا يصح دعوة الجد
مع بقا الاب لعدم الولاية كذا نقل شيخنا برهان الدين الخبازي عن شيخه حميد الدين الضرير عن شيخه شمس الايمة
الكردري رحمه الله **قوله** وان وطي ابو الاب مع بقا الاب لم يثبت النسب وهذا ايضا لفظ القدوري رحمه الله في
مختصره وتمامه فيه فان كان الاب ميتا يثبت من الجد كما يثبت من الاب اعلم ان ابا الاب اذا وطي جارية ابن ابنه
فادعى ولدها لا يثبت النسب اذا كان الاب حيا لان ولاية الجد منقطعة مع وجود الاب فاذا مات الاب فادعى
بعد ذلك يثبت النسب لظهور ولايته حينئذ وكذا اذا كان الاب حيا ولا ولاية له مثل ان يكون عبدا او كافرا
او مجنونا فالولاية للجد فيصح دعوته فان عادت ولاية الاب بان اسلم او اعتق او افاق قبل الدعوة لم يقبل
دعوة الجد بعد ذلك لان ولاية الجد قد سقطت في حال من احوال العلوق كذا قال الشيخ ابو نصر رحمه الله
ولو كان الاب مرتدا لم تصح دعوة الجد عندهما لان تصرفات المرتد نافذة عندهما وعند ابي حنيفة موقوفة
فان اسلم الاب لم يصح دعوة الجد وان مات على الردة او لحق وقضي بلحاقه يصح ولو باع المولى الجارية وهي
حامل ثم عادت اليه بشرا او بالرد بعيب او خيار شرط او فساد في البيع وولدت لاقل من ستة اشهر منذ باعها
لم يصح دعوة الجد ولا دعوة الاب لتعذر الاسناد بانقطاع الملك في بعض تلك المدة الا اذا صدقه الابن
فحينئذ يثبت النسب وصارت الجارية ام ولد له بالقيمة ويعتق الولد مجانا كما اذا ادعى الاجنبي ذلك
وصدقه الابن كذا قال الامام العتابي وغيره في شروح الجامع في كتاب الدعوى والبينات **قوله**
لانه قاطع للولاية اي لان كل واحد من الكفر والرق قاطع للولاية **قوله** واذا كانت الجارية بين
شريكين فجاءت بولد فادعاه احدهما ثبت نسبه منه وهذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه وصارت
ام ولد له وعليه نصف عقرها ونصف قيمتها ولا شي عليه من قيمة ولدها اعلم انه لا فرق بين ان يكون الدعوة
في الصحة او المرض وكذلك اذا ادعى احدهما واعتق الاخر معا فالدعوة اولى سوا كان المدعي كافرا او مسلما
نص عليه الحاكم في الكافي اما ثبوت نسب الولد منه فلان النسب يثبت في نصف المدعي لانه ملكه فيثبت
في النصف الباقي ضرورة لان النسب لا يتجزى لعدم تجزي سببه وهو العلوق لاستحالة ان يتخلق الولد من
ماي رجلين وثبوت بعض ما لا يتجزى كثبوت كله ولان النسب يثبت بشبهة الملك فلان يثبت بنفس الملك
اولى واما صيرورة الجارية ام ولد له فلان نصيبه من الجارية ام ولد له لانها ولدت في ملكه فيصير
نصيب شريكه ايضا ام ولد له لان الاستيلاد لا يتجزى فيما يمكن نقل الملك فيه وقد انتقل الملك بالاستيلاد
في نصيب شريكه وهذا لان الاستيلاد يثبت به حرية متعلقة بالنسب فلا يتجزى كنفس النسب واما
وجوب نصف العقر فلان اصل الوطي حصل في ملكه وملك شريكه فما حصل في ملكه لا يجب به شي وما
حصل في نصيب شريكه لا يجب به الحد للشبهة فوجب نصف العقر لان الوطي في الاجنبية لا يخلو
من احد الموجبين اما الحد واما العقر تعظيما لاستحلال البضع واما وجوب نصف القيمة فلان نصف
شريكه انتقل اليه بالاستيلاد ولا يجوز ان ينتقل بلا عوض ولا عوض الا القيمة ولكن المعتبر في نصف
القيمة يوم وطيها فعلقت وبه صرح الحاكم وكذلك في نصف العقر ولا يدخل نصف العقر في نصف
القيمة لان كل واحد منهما ضمان جزء بخلاف استيلاد الاب جارية الابن حيث لا يلزمه العقر لانه يندرج تحت
ضمان كل القيمة والتحقيق هنا ان يقال ان الملك هنا ثبت بالاستيلاد ومقرونا به والاستيلاد يثبت من وقت
العلوق ويكون العلوق بعد الوطي لا محالة فيكون اصل الوطي مصادفا نصف شريكه فيلزمه نصف
العقر بخلاف استيلاد الاب جارية الابن حيث يثبت الملك شرطا للاستيلاد قبيل الوطي فيكون الوطي مصادفا
ملك نفسه فلا يلزمه عقر اصلا ثم يستوي اليسار والاعسار في ضمان نصف الشريك لانه ضمان تملك كالبيع

وبه صرح في الشامل في قسم المبسوط وقال الشيخ ابو نصر روي عن ابي يوسف ان كان المدعي معسرا سعت
ام الولد لان منفعة الاستيلاد سلمت لها فاذا انفذ بالتضمين لزمها السعاية كالعتق الموقع واما عدم
وجوب ضمان القيمة للولد فلان الولد انعلق في ملكه حرا لان الاستيلاد ثبت مستندا الى زمان العلوق وقد
ثبت الملك في نصيب الشريك بالاستيلاد من ذلك الزمان فيكون العلوق حاصلا في ملكه لا في ملك شريكه
فلا يجب القيمة هذا اذا احملت على ملكهما فان اشترياها وهي حامل فادعى احدهما ثبت نسبه ويضمن لشريكه
نصف قيمة الولد كذا في شروح الاقطع وهذا لانه لم يمكن استناد الدعوة الى وقت العلوق لان اصل
العلوق لم يحصل في ملكهما ولكن لما ادعى نسب ولد مشترك بينهما كان دعوة ملك وهي كاعتاق موقع
فيضمن نصيب شريكه في اليسار والاعسار لانه ضمان تملك كالبيع ولا عقر هنا لشريكه لان الوطي لم
يوجد في ملك شريكه قوله لما ان سببه لا يتجزى اي سبب النسب قوله وصارت ام ولد له اي
لمن ادعاه وهذا عطف على قوله ثبت نسبه قوله فيتعقبه الملك في نصيب صاحبه الضمير المنصوب
راجع الى الوطي لا الى الاستيلاد اي يثبت الملك عقيب الوطي وهذا لان الملك لا يثبت عقيب الاستيلاد
بل يثبت معه من وقت العلوق والعلوق بعد الوطي فيكون الملك بعد الوطي فيكون الوطي مصادفا
لنصيب شريكه ايضا وظن بعض الشارحين ان الضمير راجع الى الاستيلاد فقال بهذا على اختيار بعض
المشائخ والاصح ان الحكم مع علته يقترنان وذاك ليس بشيء لان صاحب الهداية لم يتخذ ذلك المذهب بدليل
انه اثبت الملك من زمان الاستيلاد لا عقيب الاستيلاد الا ترى انه قال ولا يغرم قيمة ولدها لان النسب يثبت
مستندا الى وقت العلوق فلم يتعلق منه شيء على ملك الشريك فعلم ان ملك الشريك انتقل الى صاحب الدعوة
من زمان العلوق وهو زمان الاستيلاد لا بعده ويعني قوله ولا يغرم اي لا يغرم الشريك المدعي قيمة
ولد الجارية المشتركة قوله فان ادعياه معا ثبت نسبه منهما وهذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه
فيه وكانت الامة ام ولد لهما وعلى كل واحد منهما نصف العقر قصاصا بماله على الاخر ويرث الابن من
كل واحد منهما ميراث ابن كامل ويرثان منه ميراث اب واحد قال صاحب الهداية معناه اذا حملت
على ملكهما اي معنى قول القدوري ثبت نسبه منهما اذا حملت الجارية على ملكهما بان ولدت لستة اشهر
منذ اشترياها فولدت ولدا كذا فسر العتابي في شرح الجامع تفسير الحمل على ملكهما لانه اذا لم يكن العلوق
في ملكهما بان ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت الشرا كان دعوة تحرير لا دعوة استيلاد فيعتق الولد
ولا يثبت الاستيلاد لان دعوة الاستيلاد ان يكون العلوق في ملك المدعي ويستند الحرية فيها الى وقت العلوق
ودعوة التحرير ان لا يكون العلوق في ملك المدعي ويقتصر الحرية فيها الى وقت الدعوة ولانه اذا كان
الحمل على ملك احدهما نكاحا تكون الجارية ام ولد له اذا اشتراها مع شريكه لانه ينتقل نصيب شريكه اليه
بالضمان وانما يثبت النسب منهما جميعا اذا كانا حرين مسلمين اما اذا كان احدهما ذميا فدعوة المسلم اولى
الا ترى الى ما قال في الشامل في قسم المبسوط امة بين مسلم وذمي ومكاتب ومدبر وعبد فولدت فالحر
المسلم اولى لان له حرية وملكا وشرف الاسلام فيكون انفع للولد ثم الذمي لانه حر والمكاتب والعبد
وان كانا مسلمين لكن يبدل الولد فضيلة الاسلام دون الحرية ثم المكاتب لان له حق ملك والولد على شرف
الحرية فان لم يكن مكاتب وادعى المدبر والعبد لا يثبت من احد منهما النسب لانه ليس لهم ملك ولا شبهة ملك
قيل وجب ان يكون هذا الجواب في العبد المحجور عليه نوهب له جارية ثم اعلم ان ثبوت النسب من الشريكين
اذا ادعيا الولد معا مذهبنا وقال الشافعي يرجع فيه الى قول القائف المدلجي فان لم يكن مدلجي فقائف
اخر له ما روى ابو داود في السنن باسناده الى عروة عن عائشة رضي الله عنها قالت دخل علي رسول الله صلى
الله عليه وسلم تبرق اسارير وجهه قال اي عائشة الم تري ان مجززا المدلجي راى زيدا واسامة قد غطيا

روسهما

روسهما بقطيفة وبدت اقدامهما فقال ان هذه الاقدام بعضها من بعض ولان الولد لا يتخلق من مائي رجلين
فيتعذر اثبات النسب منهما جميعا ولنا قوله تعالى ولا تقف ما ليس لك به علم بيانه انه لا علم للقائف وانما
يقول عن ظن وحسبان فلا يتبع قوله وقد روي ان شريحا كتب الى عمر بن الخطاب في جارية بين شريكين جاءت
بولد فادعياه فكتب اليه عمر رضي الله عنه انهما لبسا فلبس عليهما ولو بينا لبين لهما هو ابنهما يرثهما ويرثانه
وهو للباقي منهما وكان ذلك بمحضر الصحابة من غير نكير فحل محل الاجماع ولان التساوي في سبب الاستحقاق
يوجب التساوي في نفس الاستحقاق وهما تساويا في السبب وهو الدعوة فيتساويان في استحقاق النسب
ايضا كالرجلين اقام كل واحد منهما البينة على النسب حيث لا يكون احدهما اولى من الاخر ويؤكد ما قلناه ما روي
ان النبي صلى الله عليه وسلم لما لاعن بين هلال بن امية وبين امرأته قال ان جاءت به اصيهب اثيبج حمش الساقين
فهو لزوجها وان جاءت به اورق جعدا جماليا خدلج الساقين سابغ الاليتين فهو للذي رميت به فجاءت
به على الصفة المكروهة فعلم ان النبي صلى الله عليه وسلم لم يرجع الى قول القافة والاصيهب تصغير الاصهب
والاثيبج تصغير الاثبج وهو الناتي الثبج والثبج ما بين الكاهل ووسط الظهر وهو من كل شيء وسطه واعلاه
والحمش الدقيق الساقين والاورق الذي لونه بين السواد والغبرة ومنه قيل للرماد اورق وللحمامة
ورقاء والجمالي بضم الجيم عظيم الخلق شبه خلقه بخلق الجمل هكذا فسر الحديث ابو عبيد ولا يقال اعتبر النبي
صلى الله عليه وسلم الشبه وهو القيافة لانا نقول عرفه النبي صلى الله عليه وسلم من طريق الوحي لا من طريق
القيافة انما سر النبي صلى الله عليه وسلم بقول المدلجي فلان الكفار كانوا يطعنون في نسب اسامة بن زيد
ويعتقدون قول القائف فكان قوله مقطعا لطعنهم الا ترى الى ما قال ابو داود في السنن بقوله سمعت
احمد بن صالح يقول كان اسامة اسود شديد السواد وكان زيد ابيض شديد البياض وانما سر النبي بهذا
المعنى ثم لما ثبت نسب الولد كان نصيب كل واحد منهما ام ولد له لثبوت نسب ولدها منه ولا يضمن احدهما
لصاحبه شيئا لعدم انتقال نصيب الشريك الى الاخر الا انه يجب على كل واحد منهما نصف العقر للاخر
لان وطي كل واحد منهما صادف ملكه وملك صاحبه فيتقاصان وفايدة كونها ام ولد لهما ما قال الحاكم
في الكافي انها تخدم كل واحد منهما يوما فان اعتق احدهما نصيبه منها عتق نصيب الاخر ايضا ولا
سعاية عليها في قول ابي حنيفة لعدم تقوم ام الولد وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تسعى له في نصف
قيمتها ان كان المعتق معسرا وان كان موسرا ضمن واما في الموت فلا يضمن يعني اذا مات احدهما عتقت
ولا ضمان للشريك في تركته بالاتفاق ويرث الابن من كل واحد منهما ميراث ابن كامل لان كل واحد من
الشريكين اقر على نفسه بانه ابنه وقوله حجة على نفسه ويرثان ميراث اب واحد لان كل واحد منهما
يدعي في مال الابن استحقاق الميراث بسبب النسب وقد تساويا في سبب الاستحقاق فيكون الميراث
بينهما كما اذا اقاما بينة على ابن واحد يكون بينهما على السوا فكذا هنا الا اذا مات احد الشريكين ثم مات الولد
يرث الباقي منهما ميراث اب كامل قوله يرجع الى قول القافة بلفظ المبني للمفعول والقافة جمع
القائف كالباعة والحاكة في جمع البائع والحائك والقائف هو الذي يعرف الاثار ويتبعها ويعرف
شبه الرجل في ولده واخيه من قاف اثره يقوفه مقلوب اقتفاه يقتفوه اي اتبعه قال الاسود بن يعفر
كذبت عليك لا تزال تقوفني كما قاف اثار الوسيقة قائف والوسيقة النعم التي تساق وهنا حكاية لطيفة
وهو ان القتبي حدث في كتاب غريب الحديث من تصنيفه عند ذكر حديث شريح عن سهل بن محمد عن الاصمعي
عن ابن ابي طرفة الهذلي قال رايت قائفين وهما منصرفان من عرفة بعد الناس بيوم او بيومين اذ بعير
فقال احدهما ناقة وقال الاخر جمل فاتبعاه حتى دخلا شعبا من شعاب منى فاذا هما بالبعير فطافا به
فاذا هو خنثى ثم القيافة مشهورة في بني مدلج وهو مدلج بن مرة بن عبد مناة بن كنانة بن خزيمة كذا

ذكر ابو العباس المبرد في كتاب نسب عدنان وقحطان **قوله** إلى شريح وهو شريح بن الحارث الكوفي
قاضي الكوفة من كبار التابعين رضي الله عنهم مشهور بالعلم والزهد والتقوى عاش مائة وعشرين سنة
واستقضاه عمر على الكوفة ولم يزل بعد ذلك قاضيا خمسا وسبعين سنة ولم يتعطل فيها الا ثلاث سنين
امتنع فيها من القضاء في فتنة ابن الزبير ومات سنة تسع وسبعين ويقال سنة ثمانين كذا قال القتيبي رحمه
قوله لبسا يقال لبس الامر على فلان تلبيسا اذا عماه عليه وكذلك لبس الامر يلبسه لبسا وكذلك فسر
في التنزيل وللبسنا عليهم ما يلبسون ويقال لابس الرجل ملابسة اذا عرفت دخلته كذا قال ابن
دريد **قوله** وهو للباقي منهما حتى اذا مات الولد بعد موت احد الشريكين يكون للباقي منهما ميراث
ابن كامل ولا شيء لورثة الشريك الميت **قوله** في سبب الاستحقاق اراد بالسبب الدعوة وظن بعضهم الملك وفيه
نظر لان الدعوة سبب استحقاق النسب لان الاستحقاق يثبت بها لا بالملك لان الملك كان ثابتا من قبل فلو لم يكن
الدعوة ما كان يستحق النسب بمجرد الملك **قوله** يتعلق به احكام متجزية اي يتعلق بالنسب احكام متجزية
كالنفقة والميراث والحضانة والولد وولاية التصرف في ماله وهي تثبت متجزية في حقهما لقبولها التجزية
بخلاف ما لا يقبل التجزية كالنسب وولاية الانكاح فان ذلك يثبت في حق كل واحد منهما كملا لعدم قبول التجزية
قوله الا اذا كان احد الشريكين اب الاخر او كان مسلما والاخر ذميا هذا استثناء من قوله وما لا يقبلها يثبت
في حق كل واحد كملا اي ما لا يقبل التجزية كالنسب يثبت في حق كل واحد منهما الا اذا كان احد الشريكين
اب الاخر فادعياه معا ولد جارية بينهما يكون الاب اولى لوجود المرجح لان للاب حقيقة الملك في نصيبه
وشبهة الملك في نصيب ابنه فيكون اقوى وهذا استحسان وعلى الاب نصف قيمة الجارية وعلى كل
واحد نصف العقر فيتقاصان كذا ذكر في الشامل في قسم المبسوط في كتاب الدعوى قبيل باب
اللقيط وكذا اذا كان احد الشريكين مسلما والاخر ذميا فادعياه معا فالمسلم اولى لشرف الاسلام
هذا اذا لم يسلم الذمي قبل الدعوة اما اذا اسلم الذمي ثم ولدت الامة فادعياه معا يثبت نسبه
منهما لاستواء حالهما واذا كان الدعوى بين ذمي ومرتد فالولد للمرتد لانه اقرب الى الاسلام وغرم
كل واحد لصاحبه نصف العقر كذا في الشامل في كتاب الدعوى ثم اعلم ان النسب يثبت من اثنين
باتفاق اصحابنا فيما فوق ذلك اختلفوا فعند ابي حنيفة يثبت الولد من المدعين وان كثروا
وقال ابو يوسف يثبت نسبه من اثنين ولا يثبت نسبه من الثلاثة وعند محمد يثبت من الثلاثة
لا غير لقرب الثلاثة من الاثنين ولابي يوسف ان ثبوت النسب من اكثر من واحد بخلاف القياس
فيقتصر على مورد النص وهو الاثنان لانه قال عمر رضي الله عنه عند حضور الصحابة رضي الله عنهم هو
ابنهما ولابي حنيفة ان سبب ثبوت النسب من اكثر من واحد الاشتباه والدعوة وذلك حاصل في دعوة
الكثير قال الامام الاسبيجابي رحمه الله في شرح الطحاوي وروى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة انه
قال يثبت من خمسة وهو قول زفر والحسن ثم قال فيه ولو تنازع فيه امراتان قضي ابنا بينهما عند
ابي حنيفة وعندهما لا يقضى للمراتين وكذلك عند ابي حنيفة يثبت من خمس ولو تنازع فيه رجل
وامراتان يقضى بينهم عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد يقضى للرجل ولا يقضى للمراتين واذا
تنازع فيه رجلان وامراتان كل رجل يدعي انه ابنه من هذه والمراة تصدقه على ذلك فعند
ابي حنيفة يقضى بين الرجلين والمراتين وعندهما يقضى بين الرجلين ولا يقضى بين المراتين الى
هنا لفظ الاسبيجابي في كتاب الدعوى **قوله** وسرور النبي عليه السلام جواب لاحتجاج
الخصم بقوله وقد سر رسول الله بقول القائف **قوله** كانوا يطعنون هو بضم العين من
باب نصر يقال طعن عليه في حسبه طعنا وطعنانا **قوله** وكان قول القائف مقطعا لطعنهم

أي

اي سبب قطع لطعن الكفار لاعتقاد الكفار على قول القائف **قوله** فسر به اي سر رسول
الله بقول القائف **قوله** بما له على الاخر الضمير راجع الى كل واحد اي بنصف العقر الذي لكل
واحد من المدعيين على الاخر **قوله** كما اذا اقاما البينة اي على كل شيء واحد او على ابن مجهول
النسب يكون ذلك بينهما فكذا ههنا **قوله** واذا وطي المولى جارية مكاتبه فجاءت بولد فادعاه فان
صدقه المكاتب ثبت نسب الولد منه وهذه من مسائل مختصر القدوري وتمامها فيه وعليه عقرها
وقيمة ولدها ولا تصير ام ولد له وان كذبه في النسب لم يثبت ثم اعلم ان جملة هذه المسئلة ما قال فخر
الاسلام البزدوي في شرح الزيادات في مكاتب اشترى امة فحملت في ملكه وولدت فادعاه المولى فان
صدقه المكاتب صحت دعوته وان كذبه لم تصح لان المولى بالكتابة جعله احق بنفسه ومكاسبه
وحجر نفسه عن التعرض لمكاسبه الا ترى انه لا يملك اخذ شيء من مكاسبه لنفقته وحاجته بخلاف
الاب يدعي ولد امة ابنه يصح من غير تصديق لان للاب حق التملك عليه عند الحاجة كما يستحق عليه
النفقة والكسوة وقد تحققت الحاجة الى صيانة مائه فثبت له حق التملك ولا حجر عليه عنه وان
كذبه المكاتب لم يصح وان صدقه صح واخذ الولد حرا بالقيمة ولا تصير الجارية ام ولد له وانما لم يثبت
تملك الجارية لان له حقا في مكاسب المكاتب يستغني به عن التملك لصيانة مائه فاما الاب فليس له حق
الملك وانما له حق التملك فصار مسئلة المكاتب كالاب اذا استولد امة ولده بنكاح صحيح او فاسد فانه
لا يتملك الجارية واذا لم يتملك المولى غرم العقر ومسئلتنا بخلاف الوارث يستولد امة من تركة مستغرقة
بالدين انه يصح من غير تصديق لانه صاحب حق حتى يملك الاستخلاص وليس احد احق منه ليرجع الى تصديقه
وبخلاف البائع يدعي ولد المبيعة بعد البيع انه يصح من غير تصديق لان هناك اتصل العلوق في ملكه
ووجب له حق العتق فلم يبطل باعتراض البيع وههنا لم يحصل في ملكه الكامل الخالص قال ويأخذ
المولى الولد حرا بالقيمة لانه مغرور من قبل ان سبب ملك المكاسب قائم وهو ملك رقبة المكاتب والمكاتب
محل الملك وامتنع الملك لمانع فثبت الغرور كمن اشترى امة فاستولدها ثم استحقت الا ان في مسئلة الاستحقاق
لا يشترط التصديق لان الحق ثبت بظاهر البيع فلم يعتمد على نفسه عقد الحجر فوقع الاستغناء عن
التصديق وفي مسئلتنا لا يبطل الغرور بعلم المولى بان لا حق له وفي مسئلة البيع اذا علم ان البائع
غاصب لم يثبت الغرور لان العلم بحال البائع هناك يبطل السبب لان بيعه لا يطلق الاستيلاد فاما ههنا
فان العلم بحال المكاتب لا يمنع صحة السبب وفي مسئلتنا يجب قيمة الولد يوم ولد وفي مسئلة المغرور
في الشراء يجب القيمة يوم الخصومة والفرق بينهما ان العلوق ههنا حصل في ملك المولى الا انه
محجور فاذا جاء التصديق صحت الدعوى وصار العلوق في الملك وثبت له حق التملك بقيمته فوجب
اعتبار قيمته في اقرب اوقات الامكان فاما المغرور فانما ضمن قيمة الولد لانه امانة حصلت في
يده صاحبها عنها في التقدير وانما المنع يوم الخصومة **قوله** وعن ابي يوسف لا يعتبر تصديقه
اي تصديق المكاتب يعني يثبت النسب بمجرد دعوة المولى كما ان الاب اذا ادعى ولد جارية ابنه وقد
حملت في ملك الابن لا يشترط تصديق الابن بل يثبت النسب بمجرد دعوة الاب فكذا ههنا بل اولى لان
دعوة المولى اقوى من دعوة الاب لان المولى له حق في مكاسب المكاتب لان مال الكتابة موقوف
على مولاه لان المكاتب عبد ما بقي عليه درهم بخلاف الاب لانه لا حق له في مال الابن وانما له حق التملك
عند الحاجة وجه الفرق على ظاهر الرواية ان المولى حجر نفسه بعقد الكتابة عن التصرف في مال
المكاتب وليس له ان يتملك مال المكاتب بخلاف الاب فان له حق التملك عند الحاجة في مال الابن
ولهذا يثبت الاستيلاد في جارية الابن ولا يثبت الاستيلاد في جارية المكاتب فظهر الفرق فعلم

ان ما قاله ابو يوسف ضعيف **قوله** وعليه عقرها اي وعلى المولى عقر جارية المكاتب وذلك لان المولى
ما لم يملكها وقع الوطي في ملك الغير والوطي لا يخلو من احد الموجبين اما الحد واما العقر فامتنع الحد
للشبهة فتعين العقر بخلاف استيلاد جارية الابن حيث لا يجب العقر على الاب لانه لما تملكها بالقيمة سابقا
على الاستيلاد شرطا لصحته وقع الوطي في ملك الاب فلم يلزمه العقر **قوله** لا يتقدمه الملك الضمير
المنصوب راجع الى الوطي الذي دل عليه قوله وطي **قوله** لما نذكره اي نذكر ان الحق الذي للمولى في المكاتب
في كتاب المكاتب وهو انه يثبت للمولى في ذمة المكاتب حق بيانه ان المولى لما كان له حق في مال المكاتب كفى ذلك لصحة
ثبوت النسب فلم يحتج الى تملك الجارية بخلاف الاب فانه لا حق له في مال الابن وانما له حق التملك فتملكها بالاستيلاد
لحاجته الى صيانة مايه ولكن في قول صاحب الهداية نظر لانه قال ما له من الحق كاف لصحة الاستيلاد
اي ما ثبت للمولى من الحق كاف لصحة الاستيلاد والمفهوم منه ثبوت استيلاد جارية المكاتب والمنصوص في
الكتب عن اصحابنا ان الاستيلاد لا يثبت وهو نفسه يصرح بهذا ايضا بعد خطين بقوله ولا تصير الجارية
ام ولد له اي للمولى فاذا لم تصر الجارية ام ولد له فمن اين يصح الاستيلاد **قوله** وقيمة ولدها عطف على
قوله وعليه عقرها وانما وجب على المولى قيمة ولد جارية المكاتب لان النسب لما ثبت بتصديق المكاتب بشبهة
الملك وجب نقل الولد الى المولى ومال المكاتب لا يجوز نقله الا بالقيمة لانه لا يحتمل التبرع **قوله**
ولا تصير الجارية ام ولد له لانه لا ملك له فيها حقيقة كما في ولد المغرور وكان ينبغي ان يقول كما في
المغرور بلا ذكر الولد يعني ان الجارية لا تصير ام ولد للمولى لعدم الملك فيها حقيقة كما ان الجارية لا
تصير ام ولد للمغرور لعدم الملك فيها وهذا هو حق الكلام اما قوله كما في ولد المغرور ففيه نظر
قوله فلو ملكه يوما ثبت نسبه منه اي نسب الولد من المولى يعني لو ملك المولى الولد بعد تكذيب المكاتب
دعواه ثبت نسب الولد حينئذ لان الموجب للنسب قايم وهو الاقرار بان الولد منه وانما لم يثبت لوجود
المانع وهو حق المكاتب وقد زال ذلك بالنقل الى المولى فيثبت النسب لزوال المانع والله اعلم هذا اخر شرح
كتاب العتاق من كتاب الهداية معدن الدراية اتممته بعد ان عملته عمل من طب لمن احب في بعض بلده
شملها فتشرذمت والمسلم فيهم على خطر حيث هتنت علينا سحايب ظلمهم وشرهم ونكالهم وحثثتهم عن القربة
وقطعت عنهم الصحبة ولكن كما قيل كل شي ما خلا الموت جلل والحمد لله على العافية في العاقبة ونعم
المنافية **كتاب الايمان** مناسبة كتاب الايمان بكتاب العتاق من حيث ان كل
واحد منهما لا يوثر فيه الهزل والاكراه كالطلاق الا ان العتاق لما كان اكثر مناسبة بكتاب الطلاق
لمعنى الاسقاط والسراية فيهما قدم العتاق على اليمين اعلم ان اليمين بمعنى القسم وهي جملة انشائية
تؤكد بها جملة اخرى غير انشائية كقولك حلفت بالله لا اخرجن فقد اكدت قولك لا اخرجن بقولك
حلفت بالله ويسمى الجملة الموكد بها قسما وتسمى الموكدة مقسما عليها والاسم الذي يلصق به القسم
هو المقسم به ثم القسم يكون من فعل وفاعل كما ذكرنا وكقولهم اقسمت بالله والييت بالله واشهد
بالله وما اشبه ذلك ومن مبتدا وخبر كقولهم على عهد الله لا فعلن وعهد الله مبتدا وعلي خبر
مقدم عليه وقولهم لعمرك لا فعلن اصله لعمرك قسمي ومثله ايمن الله يميني وقولهم ايم الله محذوف
منه لكثرة الاستعمال وحذف الفعل الذي هو حلفت او اقسمت فيقال بالله اكتفاء به ويبدل من
البا الواو فيقال والله ويبدل من الواو التا فيقال تالله ومنهم من حذف حرف القسم فيقول
الله لا فعلن بالنصب ومنهم من يجر فيقول الله بالجر والباقي يعلم في موضعه ثم اعلم ان اليمين
في اللغة عبارة عن القوة قال تعالى لاخذنا منه باليمين ومنه قول الشماخ اذا ما راية رفعت لمجد
تلقاها عرابة باليمين اي بالقوة وسميت اليد اليمنى يمينا لاختصاصها بفضل قوة وقيل انما سميت اليمين التي

بمعنى القسم يمينا لانهم كانوا يتعاهدون بدفع ايمانهم فاخذت من اليمين التي هي الجارحة ثم اليمين على ضربين
يمين هي قسم وهي اليمين بالله تعالى وهذا النوع يعرفه العرب لكنهم لا يخصون القسم بالله تعالى بل يحلفون
بكل ما يكون عظيما عندهم الا ترى الى قول مجوس بن كليب ام وسيفي وزبره ورمحي ونصليه وفرسي
واذنيه لا يدع الرجل قاتل ابيه وهو ينظر اليه ودرز السيف خرج وكانت رماح العرب ذوات السنين
فلذا قال ونصليه ولكن اهل الشرع لا يجوز مثل هذا القسم لان احدا لا يستحق التعظيم سوى الله
تعالى والضرب الثاني من اليمين الشرط والجزا وهذا النوع لا يعرفه العرب يمينا وذلك مثل تعليق
الطلاق والعتاق ونحو ذلك بشرط وهو اليمين يعرفه اهل الشرع والدليل على هذا انهم يقولون
حلف فلان بطلاق امراته او بعتاق عبده والاصل ان الانسان اذا دعته نفسه الى مباشرة شي او
الامتناع عنه وعقله يدعوا الى خلاف ذلك ولا يقاوم طبعه حلف بالله تعالى حتى يتقوى على مخالفة
نفسه وطبعه بمعنى يجادله على طاعة عقله ومخالفة هواه لان هتك حرمة اسم الله قبيح في ساير الاديان
او حلف بطلاق امراته التي هي محل سكنه ومجمع انسه او بعتاق عبده الذي هو ماله الذي حبيب اليه
حتى يتقوى على الفعل او الامتناع خوفا عن نزول الجزا الذي يكرهه الطباع فكان تعليق الجزا بالشرط في
التحصيل او الامتناع كالحلف بالله تعالى وبهذا اظهر فساد قول داود بن علي ان اليمين هو ما حلف
باسم الله تعالى وان ما سواه ليس بحلف ولا يمين ولهذا قال فيمن قال لامراته ان حلفت فانت طالق ثم
قال لها ان دخلت الدار فانت طالق لا يقع عليها الطلاق عنده والحلف واليمين من الاسماء المترادفة **قوله**
قال الايمان على ثلثة اضرب يمين الغموس ويمين منعقدة ويمين لغو فالغموس هو الحلف على امر ماض
يتعمد الكذب فيه فهذه اليمين ياثم فيها صاحبها وهذه من مسايل القدوري وقوله يمين الغموس من اضافة
الجنس الى نوعه كقولهم علم الطب فخرج من هذا الجواب عما يقال ان الموصوف لا يضاف الى صفته
وبالعكس وفي بعض النسخ اليمين الغموس بتعريف اليمين ورفع الغموس على الصفة وانما سميت اليمين
غموسا لانها تغمس صاحبها في الاثم لانه تعمد فيها الكذب ثم اعلم ان يمين الغموس ما يتعمد فيه الكذب
على اثبات شي او نفيه سوا كان ماضيا او حالا نظيرها الماضي قول الرجل والله ما فعلت ذلك الامر وهو
عالم بانه فعله ونظير الحال قوله والله انه زيد مع علمه انه عمرو وما شابه ذلك وما وقع في تفسير
الغموس في مختصر القدوري بانه الحلف على امر ماض يتعمد الكذب فيه فهو بنا على الغالب لان الماضي
شرط ولهذا صرح صاحب التحفة وغيره ان الغموس تتحقق في الحال ايضا وقال في شرح الكافي اليمين
الغموس ليست بيمين على الحقيقة لان اليمين عقد مشروع وهذه كبيرة محضة والكبيرة ضد المشروع
ولكن سماه يمينا مجازا لان ارتكاب هذه الكبيرة باستعمال صورة اليمين كما سمى النبي صلى الله عليه وسلم بيع
الحر بيعا مجازا لان ارتكاب تلك الكبيرة باستعمال صورة البيع ثم انما ياثم في اليمين الغموس لانها كبيرة الا
ترى الى ما روى البخاري باسناده الى الشعبي عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم
قال الكباير الاشراك بالله وعقوق الوالدين وقتل النفس واليمين الغموس **قوله** ولا كفارة فيها
الا التوبة والاستغفار وهذا لفظ القدوري ايضا اعلم ان اليمين الغموس لا توجب الكفارة عندنا
سوى التوبة والاستغفار وقال الشافعي توجب الكفارة له قوله تعالى لا يواخذكم الله باللغو
في ايمانكم ولكن يواخذكم بما كسبت قلوبكم وجه الاستدلال ان الله تعالى اثبت المواخذة لكن
المواخذة مجملة في يمين مكسوبة بالقلب واليمين الغموس مكسوبة بالقلب فيجب فيها المواخذة
لكن المواخذة مجملة فسرها في سورة المايدة بقوله تعالى لا يواخذكم الله باللغو في ايمانكم
ولكن يواخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته اطعام عشرة مساكين من اوسط ما تطعمون اهليكم

اوكسوتهم او تحرير رقبة فمن لم يجد فصيام ثلاثة ايام ذلك كفارة ايمانكم اذا حلفتم واحفظوا ايمانكم وذلك ان اليمين الغموس من جنس الايمان فيجب فيها الكفارة ولنا ما حدث البخاري في الصحيح مسندا الى الاعمش عن ابي وايل عن عبد الله قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين صبر يقتطع بها امرء مسلم لقي الله وهو عليه غضبان فانزل الله تصديق ذلك ان الذين يشترون بعهد الله وايمانهم ثمنا قليلا اولئك لا خلاق لهم في الاخرة ولا يكلمهم الله ولا ينظر اليهم يوم القيامة ولا يزكيهم ولهم عذاب اليم ويمين الصبر هي اليمين الحكم يصبر عليها حتى تحلف اي يجبر عليها جبرا واصل الصبر الحبس وجه الاستدلال ان يمين الصبر هي يمين الغموس فاثبت الرسول جزاها لقاء الله تعالى وهو غضبان ولم يوجب الكفارة فلو كانت تجب لبينها ولان اليمين الغموس جناية مكفرة بالتوبة بالنصوص العامة فلا تجب فيها الكفارة كالاشراك بالله تعالى وعقوق الوالدين وذلك لان الكفارة لارتفاع الذنب والذنب يرتفع بالتوبة فلا يحتاج الى الكفارة فاذن لا يتصور وجود الكفارة فاذا لم يتصور وجودها لم يتصور ه وجوبها اما النصوص فمنها قول الله تعالى وهو الذي يقبل التوبة عن عباده ويعفوا عن السيات اخبر بقبول التوبة والعفو عن السيات ومنها قوله تعالى وتوبوا الى الله جميعا ايها المومنون ه لعلكم تفلحون ومنها قوله تعالى توبوا الى الله توبة نصوحا عسى ربكم ان يكفر عنكم سياتكم وقوله عليه السلام التايب من الذنب كمن لا ذنب له وجه الاستدلال ان النصوص عامة تشمل جميع الذنوب فيرتفع جميعها بالتوبة والاستغفار الا ما خص منها بالدليل المخصوص كاليمين المنعقدة فلا تقاس يمين الغموس عليها لئلا يلزم معارضة الراي النص بالتخصيص بالقياس ولان القياس لا بد له من مماثلة بين المقيس والمقيس عليه والمماثلة معدومة بينهما لان جناية اليمين المنعقدة جناية هتك حرمة اسم الله تعالى وترك التعظيم بترك البر الذي هو موجب اليمين وجناية اليمين الغموس جناية الكذب او ترويج الكذب بذكر اسم الله على وجه التعظيم لان المسلم اذا حلف كاذبا لا يريد الاستخفاف بالله تعالى بل يريد ترويج كذبه بذكر اسم الله العظيم وجناية هتك حرمة اسم الله تعالى مع جناية ترويج الكذب بذكر اسم الله غيران لا مماثلة بينهما فلا يقاس احدهما على الاخر ولان الغموس حرام محض لان الكذب حرام ليس فيه معنى الاباحة اصلا مع الاستشهاد بالله اولى ه والمعقودة مباحة لكونها مشروعة في بيعة الرسول وانها تعظيم المقسم به في الابتدا لكن فيها معنى الحظر لقوله تعالى ولا تجعلوا الله عرضة لايمانكم فلا يجوز قياس احدهما على الاخر والجواب عما احتج به الشافعي فنقول سلمنا ان المواخذة ثابتة في اليمين الغموس بقوله تعالى بما كسبت قلوبكم ولكن لا نسلم ان المراد من المواخذة الكفارة فلم لا يجوز ان يكون المعاقبة في الاخرة **قوله** المواخذة مجملة فسرها في سورة المايدة فاول الاية اذا كانت مجملة لا يجوز الاحتجاج بها قبل التفسير ولا نسلم انها فسرت في سورة المايدة لان احدى الايتين في حادثة واخراهما في حادثة اخرى فمن ادعى اتحادهما فعليه البيان ونحن لا نسلم ذلك وقوله تعالى ذلك كفارة ايمانكم اذا حلفتم معناه اذا حلفتم وحنثتم هكذا قال اهل التفسير يدل عليه الاجماع ايضا لانه اذا لم يحنث في اليمين المنعقدة لا يجب الكفارة اجماعا فاذا كان الحنث شرط الكفارة لا يجب الكفارة في اليمين الغموس لعدم الحنث فيها لان الحنث نقض اليمين ولم ينقضها صاحب الغموس **قوله** فلا تناط بها اي لا تناط الكفارة بالكبيرة يعني ان اليمين الغموس لما كانت كبيرة محضة لم تكن مناطا للكفارة التي هي عبادة ه بدليل ادائها بالصوم بخلاف المنعقدة فانها ليست بكبيرة وانما يكون الذنب فيها متاخرا عن اليمين بالحنث بفعل اختياري فلا يصح الحاق الغموس بالمنعقدة قياسا عليها والتحقيق في الباب ما سلكناه

اولا لان لقايل ان يقول سلمنا انها كبيرة لكن لا نسلم انها اذا كانت كبيرة لا تكون سببا للكفارة الا ترى ان الصايم في رمضان اذا افطر بالزنا او شرب الخمر عمدا يجب عليه الكفارة مع ان الزنا وشرب الخمر كبيرتان فعلم ان الكبيرة لا تنافي سببا للكفارة وقد خبط بعضهم في شرحه في هذا الموضع فان قلت هل يرد على ما قال صاحب الهداية من تعليله بالكبيرة الظهار فانه منكر من القول وزور بالنص ومع هذا كان سببا للكفارة قلت لا يرد ذلك ودفعه سهل لان الكفارة في باب الظهار لا تجب بمجرد الظهار بل بالعود بدليل قوله تعالى ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة والعود هو العزم على الوطي ليس بكبيرة ولهذا اذا لم يعد لم تجب الكفارة على المظاهر وتفسير الكبيرة ما كان حراما محضا وفيه عقوبة في الدنيا او وعيد في الاخرة وقد مر بيان الوعيد في اليمين الغموس من غضب الله عليه فتكون كبيرة او نقول صرح النبي صلى الله عليه وسلم بانها كبيرة فلا حاجة الى تكلف اخر قال عليه السلام الكباير الاشراك بالله ه وعقوق الوالدين وقتل النفس واليمين الغموس ذكرنا راوي الحديث قبل هذا **قوله** فيمتنع الالحاق اي الحاق الغموس بالمعقودة **قوله** والمنعقدة ما يحلف على امر في المستقبل ان يفعله او لا يفعله واذا حنث في ذلك لزمته الكفارة وهذا لفظ القدوري في مختصره وانما وجبت الكفارة في المعقودة اذا حنث فيها لقوله تعالى ولكن يواخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته اطعام عشرة مساكين الى اخر الاية وحدث البخاري في الصحيح باسناده الى عايشة رضي الله عنها ان ابا بكر رضي الله عنه لم يكن يحنث في يمين قط حتى انزل الله تعالى كفارة اليمين وقال لا احلف على يمين ه فرايت غيرها خيرا منها الا اتيت الذي هو خير وكفرت عن يميني قال اصحابنا رضي الله عنهم اليمين ه المنعقدة على ثلاثة اضرب يمين يجب البر والوفا بها كاليمين على ايجاب الطاعات وترك المعاصي ويأثم بالحنث فيها والضرب الثاني يمين على فعل المعاصي وترك الطاعات فيجب ان يحنث المرء نفسه فيها لقوله عليه السلام من نذر ان يطيع الله تعالى فليطعه ومن نذر ان يعصي الله فلا يعصه وقال عليه السلام لا نذر في معصية وكفارته كفارة يمين رويتهما عايشة في السنن والضرب الثالث ما يتخير الانسان فيه بين الفعل والترك كاليمين على المباحات لكن ان كان فعله خيرا من تركه يندب الى الحنث والا فلا **قوله** وهو ما ذكرنا اي المراد من قوله تعالى بما عقدتم الايمان ما ذكرنا من قولنا والمنعقدة ما يحلف على امر في المستقبل ان يفعله او لا يفعله يعني حقيقة ما نص في الاية ه ما ذكرنا وقوله تعالى بما عقدتم الايمان قرا ابن كثير ونافع وابو عمرو وحفص ويعقوب بالتشديد اي بتعقيدكم الايمان وهو توثيقها بالقصد والنية وقرا ابو بكر وحمزة والكسائي بالتخفيف وقرا ابن عامر عاقدتم بالالف **قوله** ويمين اللغو ان يحلف على امر وهو يظن انه كما قال والامر بخلافه فهذه اليمين نرجوا ان لا يواخذ الله بها صاحبها وهذا لفظ القدوري في مختصره ومثال الذي ذكره مثل ما حلف على شي متوهما انه فيه صادق كقوله والله لقد دخلت الدار والله ما كلمت زيدا والامر بخلافه او راى طايرا من بعيد فظنه غرابا فقال والله انه غراب فاذا هو حمام او قال والله انه زيد وهو يظنه زيدا فاذا هو عمرو وقال في الشامل وعند الشافعي اللغو اليمين التي لم يقصدها في الماضي والمستقبل وهو احدى الروايتين عن محمد ه رحمه وقال في التحفة قال الشافعي يمين اللغو هي اليمين التي تجري على لسان الحالف من غير قصد مثل قوله لا والله وبلى والله وكان يقرا القران فجرى على لسانه اليمين ثم يمين اللغو لا حكم لها اصلا لقوله تعالى لا يواخذكم الله باللغو في ايمانكم اي لا يعاقبكم بلغو اليمين الذي علقه

وقف

احدكم بالظن هذا على ما ذهبنا اليه ومعناه على ما ذهب اليه الشافعي لا يلزمكم الكفارة بلغو
اليمين الذي لا قصد معه وروى صاحب السنن في تفسير لغو اليمين مسندا الى عايشة رضي الله عنها
قالت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال هو كلام الرجل في يمينه كلا والله وبلى والله وروى صاحب
الكشاف عن مجاهد هو الرجل يحلف على الشي يرى انه كذلك وليس كما ظن وروي ان الحسن سيل
عن لغو اليمين وعنده الفرزدق فقال يا ابا سعيد دعني اجب عنك فقال ولست بماخوذ بلغو
تقوله اذا لم تعمد عاقدات العزايم ذكره في تفسير سورة المايدة وقال ايضا في سورة المايدة وقال
ايضا في سورة البقرة اللغو الساقط الذي لا يعتد به من كلام وغيره ولذلك قيل لما لا يعتد به في الدية من
اولاد الابل لغو واللغو من اليمين الساقط الذي لا يعتد به في الايمان وهو الذي لا عقد معه وقال
الزجاج في تفسيره يقال لغوت الغو لغوا ولغوت الغا لغوا مثل محوت امحو وامحا محوا ويقال
لغيت في الكلام الغي لغي اذا اتيت بلغو وكل ما لا خير فيه مما يوثم فيه او يكون غير محتاج اليه في
الكلام فهو لغو ولغي قال العجاج عن اللغا ورفث التكلم وقال شمس الايمة السرخسي رحمه الله في
اصوله قال علماونا رحمهم الله اللغو ما يكون خاليا عن فايدة اليمين شرعا ووضعا فان فايدة
اليمين اظهار الصدق من الخبر فاذا اضيف الى خبر ليس فيه احتمال الصدق فكان خاليا عن
فايدة اليمين فكان لغوا وقال الشافعي اللغو ما يجري على اللسان من غير قصد ولا خلاف في جواز
اطلاق اللفظ على كل واحد منهما ولكن ما قلناه احق واستدل بقوله تعالى وقال الذين كفروا لا
تسمعوا لهذا القران والغوا فيه لعلكم تغلبون ومعلوم ان مراد المشركين التعنت اي ان لم تقدروا
على المغالبة بالحجة فاشتغلوا بما هو خال عن الفايدة من الكلام ليحصل مقصودكم بطريق المغالبة
دون المحاجة ولم يكن مقصودهم التكلم بغير قصد قال صاحب التقويم ولم يرد تكلموا من غير قصد
فان الامر به لا يستقيم وقاله صاحب التقويم وشمس الايمة السرخسي وكذلك العلما اختلفوا في
العقد فقال الخصم العقد عبارة عن القصد فان العزيمة سميت عقيدة وقلنا العقد اسم لربط كلام
بكلام نحو ربط اليمين بالخبر الذي فيه رجا الصدق لايجاب الصدق منه وتحقيقه وكذلك ربط
البيع بالشرا لايجاب حكم وهو الملك فكان ما قلناه اقرب الى الحقيقة لان الكلمة باعتبار الوضع
من عقد الحبل وشد بعضه ببعض وضده الحل ومنه مثل العرب يا عاقدا اذكر حلا ويروى
يا راحلا اي لا بد لك من حل رحلك فانشط عقدته ولا تبهمها فيشتد عليك الحل يقال ذلك لمن هو
خوف العواقب ثم يستعار لربط الايجاب بالقبول على وجه ينعقد احدهما بالاخر حكما فيسمى عقدا ثم
يستعار لما يكون سببا لهذا الربط وهو عزيمة القلب فكان ذلك دون العقد الذي هو ضد
الحل فيها ومنع الاسم له تحمله عليه يكون احق **قوله** الا انه علقه بالرجا للاختلاف في تفسيره
هذا جواب سوال مقدر بان يقال كيف علق القدوري رحمه الله عدم المواخذة بالرجا في قوله
فهذه اليمين نرجوا ان لا يواخذ الله بها صاحبها وعدم المواخذة مقطوع بالنص في اللغو قال
تعالى لا يواخذكم الله باللغو في ايمانكم فاجاب عنه وقال نعم لكن في تفسير اللغو اختلاف فاورث
شبهة فلهذا لم يقطع القول بعدم المواخذة فيما فسره من اللغو وقد اقتدى القدوري بمحمد بن الحسن
حيث ذكر في الاصل الايمان ثلاث يمين تكفر ويمين لا تكفر ويمين نرجوا ان لا يواخذ الله بها صاحبها
قوله والقاصد في اليمين والمكره والناسي سوا هذا لفظ القدوري في مختصره وفايدة كونهم
سوا ما قال صاحب الهداية وهو انه تجب الكفارة اذا وجد الحنث وعند الشافعي لا ينعقد يمين
المكره والناسي اما الناسي فلا قصد منه فيكون يمينه لغوا على اصله واما المكره فلقوله عليه

السلام

السلام رفع عن امتي الخطا والنسيان وما استكرهوا عليه وهذا دليل له في النسيان ايضا ولنا ما روى
اصحابنا رضي الله عنهم عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح
والطلاق واليمين ولان الاكراه اثره في انعدام الرضا ولا يشترط الرضا في انعقاد اليمين ولهذا تنعقد
يمين الهازل مع انعدام الرضا منه بالحكم والجواب عن الحديث ليس المراد منه حقيقة الخطا
والنسيان والاكراه لانها ليست بمرفوعة حقيقة بدليل وقوعها حسا وكان المراد منه الحكم اما ان
يكون حكم الدنيا او حكم الاخرة والاول منتف بدليل وجوب الكفارة والدية في القتل الخطا
ومما من احكام الدنيا وكذا يجب الغسل فيما اذا جامع المكره على الزنا ويفسد حجه وصومه
وذاك من احكام الدنيا فتعين الثاني وهو رفع الاثم فلم يبق للخصم حجة بالحديث لان انعقاده
اليمين من احكام الدنيا لا من احكام الاخرة فان قلت لا يثبته
الكفر مع الاكراه فينبغي ان لا ينعقد اليمين به كالنوم والجنون قلت
لا نسلم صحة القياس لعدم المماثلة بين المقيس والمقيس عليه لان النوم والجنون ينافيان التكليف
خلاف الاكراه ولهذا يباح شرب الخمر للمكره ويحرم عليه قتل النفس والزنا وذاك ابة الخطاب
وباقي التفوه بمر في طلاق المكره فينظر ثمه **قوله** والشافعي يخالفنا في ذلك اي في المكره
والناسي يعني لا ينعقد يمينهما ولا كفارة عليهما **قوله** وسنبين في الاكراه اراد به ما ذكره في كتاب
الاكراه بقوله وكذا اليمين والظهار لا يعمل فيهما الاكراه لعدم احتمالهما الفسخ **قوله** ومن
فعل المحلوف عليه مكرها او ناسيا فهو سوا وهذا ايضا لفظ القدوري يعني اذا حلف على ان
لا يفعل شيا وكان طايعا في الحلف ثم فعله وهو مكره او ناسي يحنث وقال الشافعي لا يحنث لقوله
عليه السلام رفع عن امتي الخطا والنسيان وما استكرهوا عليه وجوابه مر قبل هذا ولنا قوله
تعالى ذلك كفارة ايمانكم اذا حلفتم اي اذا حلفتم وحنثتم وقد وجد الحنث فيجب الكفارة وذلك
لان الحنث هو المخالفة في اليمين المعقودة وقد وجدت المخالفة لانها اعم من ان تكون بالاكراه
او غيره ولان شرط وجوب الكفارة وهو الحنث قد وجد حقيقة فلا ينعدم ذلك بالاكراه
والنسيان قال الشيخ ابو نصر البغدادي قد روي مثل قولنا عن مجاهد وطاوس وسعيد بن المسيب
وغيرهم **قوله** وكذا اذا فعله وهو مغمى عليه او مجنون ذكره صاحب الهداية تفريعا لمسيلة
القدوري يعني اذا حلف وهو صحيح العقل ثم فعل المحلوف عليه في حال الاغما او الجنون يحنث وتجب
الكفارة لان شرط وجوب الكفارة وهو الحنث قد تحقق لان الفعل الحقيقي لا يرد له فيتحقق المشروط
قوله ولو كانت الحكمة رفع الذنب فالحكم يدار على دليله وهو الحنث لا حقيقة الذنب هذا جواب
سوال مقدر بان يقال الحكمة في شرع الكفارة رفع الذنب ولا ذنب للمجنون والمغمى عليه فيما فعلا
لعدم الفهم فينبغي ان لا يحنثا ولا تجب عليهما الكفارة فقال سلمنا ان الحكمة رفع الذنب لكن الحكم وهو
وجوب الكفارة يترتب على دليل الذنب تيسيرا لا على حقيقة الذنب فيحنثان لوجود الدليل كوجوب
الاستبرا فانه مشروع لاستفراغ الرحم ثم اذا وجد دليل الشغل وهو استحداث الملك يجب
الاستبرا سوا وجد حقيقة الشغل اولا ولهذا اذا اشترى جارية بكرا او اشتراها من امراة
يجب على المشتري الاستبرا لوجود دليل الشغل وان لم يوجد حقيقة الشغل

باب ما يكون يمينا وما لا يكون يمينا لما ذكر انواع الايمان شرع
في بيان الالفاظ التي تكون يمينا او لا تكون **قوله** قال واليمين بالله او باسم اخر من اسما الله
تعالى كالرحمن والرحيم او بصفة من صفاته التي يحلف بها عرفا كعزة الله وجلاله وكبريايه

اي قال القدوري في مختصره والاصل في اليمين بالله تعالى ما حدث مالك رحمه الله في الموطا عن نافع عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ادرك عمر رضي الله عنه وهو يسير في ركب وهو يحلف بابيه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الله ينهاكم ان تحلفوا بابائكم فمن كان حالفا فليحلف بالله او ليصمت وفي رواية السنن او ليسكت وحدث البخاري في الصحيح باسناده الى ابن شهاب قال قال سالم قال ابن عمر سمعت عمر رضي الله عنه يقول قال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الله ينهاكم ان تحلفوا بابائكم قال عمر فوالله ما حلفت منذ سمعت النبي صلى الله عليه وسلم ذاكرا ولا آثرا وروى صاحب السنن مسندا الى ابن عمر رضي الله عنه قال اني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من حلف بغير الله فقد اشرك ومعنى قوله ذاكرا اي متكلما من قولك ذكرت لفلان حديث كذا وليس هو من الذكر بعد النسيان ومعنى قوله آثرا اي راويا ومخبرا عن غيري انه حلف وقال والي لا افعل كذا من قولهم حديث ماثور كذا قال عبيد رحمه الله ثم اليمين باسم اخر من اسما الله تعالى اذا كان اسما لا يشركه فيه غيره يكون يمينا لانه لا يحتمل غير اليمين ولو حلف باسم يشاركه فيه غيره كالحكيم والعزيز ان نوى يكون يمينا والا فلا لانه محتمل كذا ذكر شمس الايمة البيهقي في الشامل في قسم المبسوط وسوى في التحفة بين ما يكون اسما خاصا لله تعالى واسما يشاركه فيه غيره وفيه نظر لانه بالاحتمال لا يتعين اسم الله مرادا ثم صفاته تعالى ان كانت من صفات الذات يجوز اليمين بها وان كانت من صفات الفعل فلا يجوز اليمين بها والفاصل بينهما ان كل ما لا يجوز ان يوصف الله بضده فهي من صفات الذات كعزة الله وجلاله وكبريائه وقدرته الا العلم فان اليمين به لا يجوز لجواز ارادة المعلوم كما قال تعالى ولا يحيطون بشيء من علمه اي من معلوماته كذا فسر في الكشاف ويقال اللهم اغفر علمك فينا اي معلومك وكل ما يجوز ان يوصف الله تعالى بضده فهي من صفات الفعل كالرحمة والغضب والسخط الا ترى انه يصح ان يقال غضب الله على اليهود ولم يغضب على الصالحين والغضب ارادة الانتقام من العصاة ويصح ان يقال علم الله زيدا ولا يصح ان يقال لم يعلم عمروا وذلك لان صفات الذات ليست غير الذات فكان ذكرها كذكر الله تعالى فجاز الحلف بها وهذا لان الغيرين ما يصح انفكاك احدهما من الاخر بمكان او زمان او وجود وعدم والانفكاك لا يتصور في صفات الذات ثم المراد بالصفة هي الحقيقية وهي المعنى القايم بالذات كالعزة والقدرة لا الصفة النحوية كقولك مررت برجل راكب وهذا سر مضمر **قوله** ومعنى اليمين وهو القوة حاصل قال تعالى لاخذنا منه باليمين اي بالقوة **قوله** فيصلح ذكره حاملا ومانعا هو من اضافة المصدر الى الفاعل والمفعول محذوف اي صلح ذكر الحالف اسم الله وصفاته حاملا ومانعا لان المقصود من اليمين الحمل او المنع **قوله** قال الا قوله وعلم الله فانه لا يكون يمينا اي قال القدوري في مختصره وهو استثنا منقطع من قوله او بصفة من صفاته التي يحلف بها عرفا وهذا لان العلم ليس من صفاته المحلوف بها عرفا فيكون الاستثنا منقطعا لان المنقطع عبارة عما لا يكون المستثنى من جنس المستثنى منه قال الشيخ ابو نصر هذا الذي ذكره القدوري استحسان والقياس ان يكون يمينا وبه قال الشافعي وجه الاستحسان انهم يذكرون العلم ويريدون به المعلوم والحلف بمعلوم الله حلف بغيره ووجه القياس انه حلف بصفة من صفات الذات كالقدرة فيكون حالفا بالعلم الذي هو الصفة فهو حالف كالقدرة وانما الخلاف اذا ارسل الكلام ولم يكن هناك ما يدل على التخصيص فان قلت يرد عليكم القدرة فانها تصح اليمين بها مع صحة ارادة المقدور ولهذا يقال انظر الى قدرة الله تعالى قلت لا نسلم لان المقدور

بالوجود

بالوجود خرج ان يكون مقدورا لان تحصيل الحاصل محال فلم يحتمل ارادته بالحلف وقبل الوجود معدوم ولا تعارف في الحلف بالمعدوم فكان المراد بالحلف بالقدرة هي الصفة القايمة بذات الله تعالى بخلاف العلم اذا اريد به المعلوم حيث لا يخرج المعلوم عن ان يكون معلوما بالوجود فظهر الفرق بين العلم والقدرة **قوله** ولو قال وغضب الله وسخطه لم يكن حالفا وكذا ورحمة الله وهذه من مسايل القدوري ايضا وذاك لانه لم يحلف بالله تعالى ولا بصفة من صفات ذاته ولان الغضب والسخط يراد بهما العقوبة والرحمة يراد بها اثرها وهو المطر او الجنة قال الشيخ رحمه الله يعني بها خالد ونك فكان الحلف بهذه الاشيا حلفا بغير الله تعالى فلم يجز وكذلك لا يجوز الحلف اذا قال وعذاب الله وثوابه ورضاه وبه صرح الحاكم في الكافي ولو قال وامانة الله يكون يمينا لان معناه والله الامين وانه من صفات ذاته كذا في الشامل في قسم المبسوط ولهذا بخلاف ما ذكره صاحب التحفة عن الطحاوي انه لا يكون يمينا وان نوى وبخلاف ما روي عن ابي يوسف انه لا يكون يمينا وهو الاصح عندي لان التعليل في مقابلة النص فاسد وقد ورد الحديث مسندا في السنن الى بريدة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من حلف بالامانة فليس منا **قوله** ومن حلف بغير الله تعالى لم يكن حالفا كالنبي والكعبة هذا لفظ القدوري وذاك لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الحلف بغير الله تعالى قال عليه السلام لا تحلفوا بابائكم من كان حالفا فليحلف بالله او ليصمت ولان المقصود من اليمين تعظيم المقسم به ولا يستحق التعظيم سوى الله تعالى وكذا كذا القران لا يجوز الحلف به لانه يراد به المقروء وهو غير الله تعالى ولانه لم يتعارف الحلف به قال الناطفي في كتاب الايمان والكفارات املا رواية بشر بن الوليد ليس ينبغي ان يحلف رجل بسورة من كتاب الله تعالى ولا بالقران ولا بالكعبة ولا بالصلاة ولا بالصيام ولا بشي من طاعة الله تعالى الا ترى انه لو حلف فقال والصلاة لا افعل كذا كان قد حلف بغير الله وقوله والصلاة لا افعل مثل قوله والسما لا افعل والارض لا افعل والقران لا افعل هذا كله واحد لا ينبغي لاحد ان يحلف بشي دون الله وفي كتاب الايمان املا رواية بشر بن غياث قال ابو يوسف ان قال والرحمن لا افعل كذا وعنى سورة الرحمن لا حنث عليه كذا ذكر الناطفي في الاجناس وكذلك لو قال والرسول والنبي والمسجد الحرام وبيت الله لا يكون يمينا كذا في شرح الطحاوي قال صاحب الهداية اذا قال انا بري منه اي من النبي او من القران يكون يمينا لان التبري منهما كفر وكذا اذا قال هو بري من الصلاة والصوم يكون يمينا عندنا خلافا للشافعي وكذا اذا قال هو بري من الاسلام ان فعل كذا خلافا للشافعي وعليه نص في شرح الطحاوي وقال في النوازل ان قال والكتب الاربعة فليس هذه بيمين وان قال انا بري من الكتب الاربعة فعليه كفارة يمين واحدة وان قال انا بري من التوراة وبري من الزبور وبري من الانجيل وبري من الفرقان وجب عليه اربع كفارات وقال في خلاصة الفتاوي ولو قال بحرمة شهد الله ولا اله الا الله لا يكون يمينا وقال في الفتاوي الولوالجي رجل رفع كتابا من كتب الفقه او دفتر حساب فيها مكتوب بسم الله الرحمن الرحيم فقال انا بري مما فيه ان دخلت الدار فدخل تلزمه الكفارة لانه يمين بالله تعالى وقد كتبت هذه المسايل لتكثير الفوايد وان لم تذكر في الهداية **قوله** قال والحلف بحرف القسم وحروف القسم الواو كقوله والله والبا كقوله بالله والتا كقوله تالله اي قال القدوري في مختصره اعلم ان الحلف باسم الله تعالى وصفاته يبتني على حروف القسم والاصل فيها البا وضعها للالصاق وهي تضيف الحلف الى المحلوف به في قولك احلف بالله ثم تحذف الفعل

تخفيفا ويكتفى بحرف القسم ويبدل منها الواو لمناسبة بينهما لان وضعها للجمع وفي الجمع معنى الالصاق ثم
يبدل من الواو التا لمناسبة بينهما ايضا لانهما من حروف الزوايد كما في تراث وتخمة فلما كان الباء اصلا
دخلت في اسم الله وغيره وفي المظهر والمضمر والواو لما كانت بدلا انحطت بدرجة حتى لم
تدخل في المظهر والمضمر جميعا الا على اسم الله تعالى وحده قال عبد القاهر ما حكاه ابو الحسن من
قولهم تربي فشاذ لا يوخذ به وكل هذه الحروف مذكورة في القران كقوله تعالى يا بني لا تشرك بالله ان الشرك لظلم
عظيم وكقوله والله ربنا ما كنا مشركين وكقوله تعالى وتالله لاكيدن اصنامكم قال ابو ذويب
الهذلي تالله يبقى على الايام مبتقل جون السراة رباع سنه غرد اي والله لا يبقى على الايام حمار ياكل
البقل وجون السراة اسود الظهر رباع في سنه غرد في صوته اي مطرب وقيل كنت الدهاق وحرف
حذف لا لدلالة الحال عليه كقوله تعالى تالله تفتو تذكر يوسف اي لا تفتؤ وذاك لانه قصد
في النفي قوله وقد يضمر الحرف فيكون حالفا كقوله الله لا فعل كذا وفيه وجهان احدهما
الحذف والنصب بنزع الخافض كقولك الله لافعلن والثاني الاضمار والجر كقولك الله لافعلن م
قال عبد القاهر والاكثر النصب لان الجار لا يضمر الا قليلا ولهذا قال الشيخ ابو علي وربما اضمروا حرف
الجر بلفظ التقليل وقال في المبسوط النصب مذهب اهل البصرة والخفض مذهب اهل الكوفة
وفيه نظر لان اهل اللغة لم يختلفوا في جواز كل واحد من الوجهين ولكن النصب اكثر كما ذكر
عبد القاهر في مقتصده وعلى ذلك بيت الكتاب الادب من قبلي له الله ناصح التقدير الادب من
قبلي لناصح بالله والفرق بين الاضمار والحذف ان في الاضمار اثره باق وفي الحذف لا قوله وكذا
اذا قال لله في المختار اعلم انهم يوقعون اللام موقع الباء وما للاختصاص فيستعملونها فيما هو حقيق
بالتعجب كقوله لله لا يوخر الاجل وانشد سيبويه لعبد مناة الهذلي لله يبقى على الايام ذو حيد
وذاك لان اللام تقوم مقام الباء كقوله تعالى امنتم به وفي اية اخرى امنتم له قبل ان اذن لكم م
وانما قال في المختار احترازا عما روي عن ابي حنيفة انه لو قال لله علي ان لا اكلم فلانا انها ليست بيمين الا ان
ينوي لان الصيغة صيغة النذر وتحتمل معنى اليمين ذكره الولوالجي في فتاواه ثم الحالف اذا سكن
الهاء في قوله بالله او حركها باي حركة كانت يعتبر يمينا لان الخطا في الاعراب لا يمنع صحة اليمين كذا
قالوا في الفتاوي ونقل صاحب خلاصة الفتاوي عن المحيط اذا قال باله لا يكون يمينا الا اذا
نوى يمينا اذا قال بكسر اللام وسكون الهاء قوله قال ابو حنيفة رضي الله عنه اذا قال وحق
الله فليس بحالف هذا لفظ القدوري في مختصره قال صاحب الهداية وهو قول محمد واحدى
الروايتين عن ابي يوسف وعنه انه رواية اخرى اي عن ابي يوسف رواية اخرى انه يكون
يمينا وبه قال الشافعي رحمه الله كذا ذكر الشيخ ابو نصر البغدادي وجه قوله ان الحق من اسماء الله
تعالى ولهذا ذكر في عداد اسماء الله الحسنى فيصح الحلف به قال الله تعالى فذلكم الله ربكم الحق فماذا بعد
الحق الا الضلال وقال تعالى ولو اتبع الحق اهواءهم وقال تعالى ويعلمون ان الله هو الحق المبين ووجه
قول ابي حنيفة ومحمد ان حق الله على عباده طاعته فيكون الحلف به حلفا بغير الله تعالى فلا يصح
وقد سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن حق الله تعالى على عباده فقال ان تعبدوه ولا تشركوا
به شيئا والحلف بالعبادات لا يجوز والجواب عن استدلال ابي يوسف فنقول
نعم يطلق الحق على الله تعالى فلو اراد الحالف ذلك لقال والحق فكان حالفا ولكنه اضاف الحق
الى الله تعالى حيث قال وحق الله والمضاف غير المضاف اليه لا محالة فلم يجز الحلف بغير الله تعالى
والحق في اللغة ضد الباطل كقوله تعالى الا ان وعد الله حق وقال تعالى اليوم تجزون عذاب

الهون

الهون بما كنتم تقولون على الله غير الحق ومعنى قوله هو الحق المبين اي ذو الحق كذا في الكشاف
قوله ولو قال حقا لا يكون يمينا ذكره بسبيل التفريع لما قبله قال الفقيه ابو الليث في النوازل
قال ابو نصر البلخي حق الله يكون يمينا لان الناس يحلفون به ولو قال حقا لا يكون يمينا وهو بمنزلة
قوله صدقا وهو قول محمد بن سلمة وقال الحسن ابن ابي مطيع حقا يمين لقوله تعالى ولو اتبع الحق
اهواءهم فالحق هو الله تعالى فصار كانه قال والله لا افعل كذا وقال ابو نصر لو قال والحق
لا افعل كذا ان نوى به اسم الله تعالى فهو يمين وان لم يرد به اسم الله لا يكون يمينا الى هنا لفظ
النوازل ولنا نظر في قوله بحق الله يكون يمينا لان الاضافة تقتضي المغايرة بين المضاف
اليه فيكون الحلف اذن بغير الله تعالى فلهذا قال ابو حنيفة ومحمد وابو يوسف في احدى
الروايتين عنه ان قوله وحق الله ليس بيمين فكذا هنا وقال بعضهم في شرحه والحق بالتعريف
يكون يمينا بالاخلاف ولنا في اطلاق هذا الجواب نظر لان الحق يطلق على غير الله تعالى معرفا
ايضا كقوله تعالى فماذا بعد الحق الا الضلال وقوله تعالى قل الله يهدي للحق وقوله تعالى
فلما جاءهم الحق من عندنا قالوا ان هذا لسحر مبين فكيف يكون يمينا بلا خلاف مع الاحتمال
لكن جوابه ان يقال ان نوى اليمين باسم الله يكون يمينا والا فلا قوله ولو قال اقسم او
اقسم بالله او احلف او احلف بالله او اشهد او اشهد بالله فهو حالف وهذا لفظ القدوري في
مختصره اعلم انه اذا ذكر اليمين باسم الله تعالى وصفاته بلفظ الماضي بان قال حلفت بالله
او اقسمت بالله لافعلن كذا يكون يمينا بلا خلاف اما اذا ذكر القسم بلفظ المستقبل بان قال احلف
بالله او اقسم بالله لافعلن كذا او اشهد بعزة الله لافعلن كذا يكون يمينا عندنا وعند الشافعي
لا يكون يمينا الا بالنية والصحيح قولنا لان هذا في العرف يراد به الحال كقولهم اشهد ان لا اله
الا الله اما اذا لم يذكر المقسم به بان قال اشهد او احلف او اقسم لافعلن كذا يكون يمينا عند علمائنا الثلاثة
نوى او لم ينو وقال زفر ان نوى يكون يمينا وقال الشافعي لا يكون يمينا وان نوى والصحيح قولنا لان ذكر
القسم والخبر دليل على مقسم به محذوف وهو اسم الله تعالى كذا في التحفة يؤيد ما ذهبنا اليه قوله
تعالى اذا جاءك المنافقون قالوا نشهد انك لرسول الله ثم قال بعد ذلك اتخذوا ايمانهم جنة سمى قولهم
نشهد انك لرسول الله يمينا وهم لم يقولوا نشهد بالله فعلم ان ذكر المقسم به ليس بشرط لانعقاد اليمين
بل يجوز حذفه تخفيفا لدلالة لفظ اليمين عليه وقال تعالى يحلفون لكم لترضوا عنهم فان ترضوا
عنهم فان الله لا يرضى عن القوم الفاسقين ترك في الاية ذكر المقسم به وهو اسم الله تعالى لدلالة
لفظ الحلف عليه لان الحلف بغير الله تعالى ليس بمشروع وقال تعالى اذ اقسموا ليصرمنها
مصبحين وقد ظن بعضهم في شرحه ان قوله اقسم او اشهد او قوله علي يمين ينعقد يمينا بلا ذكر
المقسم عليه فذاك منه وهم لان اليمين انما يكون يمينا اذا ذكر القسم والمقسم عليه والا فلا له
واستدل بما ذكر في الذخيرة ان قوله علي يمين موجب للكفارة فذاك سهو لانا لا نسلم ان مجرد قوله
علي يمين موجب للكفارة ما لم يذكر المقسم عليه ولم ينقض اليمين بترك البر وانما مراد صاحب
الذخيرة ان هذا اللفظ ينعقد يمينا موجبا للكفارة اذا وجد ذكر المقسم عليه ونقضت اليمين
وتحقيقه ان الكفارة انما تجب لستر الذنب في نقض اليمين المنعقدة فعلى اي شيء انعقدت اليمين
حتى يتصور نقض اليمين فيجب الكفارة وايضا قوله علي يمين فيه احتمال لانه يصح ان يكون علي
يمين الغموس او اليمين المنعقدة والكفارة لا تثبت بالاحتمال لانها دائرة بين العبادة والعقوبة
والعقوبات تندري بالشبهات وذاك لانه ليس في الغموس كفارة وكذا في المنعقدة على قيام البر

فكيف يتصور الكفارة وايضا لو وجبت الكفارة بمجرد قوله علي يمين يلزم تقدم المسبب على السبب وهو
فاسد وانما قلنا ذلك لان سبب الكفارة هو الحنث ولم يوجد الحنث لعدم انعقاد اليمين على
شيء فيلزم تقدم المسبب على سببه لا محالة فافهم وانما كان مراد القدوري رحمه الله تعداد الالفاظ
التي ينعقد بها اليمين اذا ذكر المقسم عليه الا ان هذه الالفاظ تنعقد بها اليمين بدون ذكر المقسم عليه
ولهذا قال قال محمد في الاصل وان حلف بالله او باسم من اسماء الله او قال والله او بالله او تالله او علي عهد
الله او ذمته او يهودي او نصراني او مجوسي او بريء من الاسلام او قال اشهد اشهد بالله او احلف
بالله او اقسم بعهد او اقسم بالله او علي نذر او نذر الله او اعزم او اعزم بالله او علي يمين او يمين الله فهذه كلها ايمان
واذا حلف بشيء منها ليفعلن كذا وكذا فحنث وجبت عليه الكفارة الى هنا لفظ الاصل وقد ذكر فيه كما ترى
قوله يهودي او نصراني من غير ان يقول ان فعلت كذا انه يجب عليه الكفارة على ان محمدا قد صرح باشتراط
المقسم عليه لانه قال بعد تعداد كلمات القسم واذا حلف بشيء منها ليفعلن كذا وكذا فحنث وجبت عليه الكفارة
ولقد صدق الله تعالى وان الظن لا يغني من الحق شيئا **قوله** ولهذا قيل لا يحتاج الى النية اي ولاجل ان
الحلف بالله هو المعهود المشروع وبغير الله محظور قال بعض مشايخنا لا حاجة الى النية في قوله احلف
او اشهد او اقسم لكونه يمينا صرفا للكلام الى ما هو المعهود في الشرع وعليه صاحب التحفة وقال
بعض مشايخنا لا بد منها اي من النية دفعا للاحتمال لان اللفظ يحتمل الوعد ويحتمل اليمين بغير الله
تعالى فلا يتعين اليمين بالله تعالى مرادا الا بالنية واليه ذهب صاحب شرح الاقطع **قوله** واليمين
بغير الله تجد اليمين عطفا على العرف **قوله** وكذا قوله لعمر الله وايم الله اي هذان اللفظان من
الفاظ اليمين ايضا اما لعمر الله فكقوله تعالى لعمرك انهم لفي سكرتهم يعمهون والعمر بفتح العين وضمها
البقاء الا ان الضم لم يستعمل في القسم والبقاء من صفات الذات فجاز الحلف به وكانه قال والله الباقي
واما وايم الله فقد جاء في لفظ النبي صلى الله عليه وسلم روى البخاري مسندا الى ابن عمر قال بعث
رسول الله صلى الله عليه وسلم بعثا وامر عليهم اسامة ابن زيد فطعن بعض الناس في امرته فقام
رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ان كنتم تطعنون في امارته فقد كنتم تطعنون في امرة ابيه من
قبل وايم الله ان كان لخليقا للامارة وان كان لمن احب الناس الي وان هذا لمن احب الناس الي بعده
ثم اعلم ان ايم الله اصله ايمن الله وحذف النون للتخفيف وايمن جمع يمين وهمزته للقطع وسقوطها
في الوصل للتخفيف لكثرة الاستعمال هذا مذهب الفراء وقال سيبويه هي كلمة اشتقت من اليمن
ساكنة الاول فجيء بهمزة الوصل ليمكن النطق بها كما في ابن وامرء ونحو ذلك اعلم انهم يكتبون الواو
في اخر عمرو في حال الرفع والجر فرقا بينه وبين عمر خارجا عن القياس بخلاف قولهم لعمر الله وبخلاف
قول الراجز باعدام العمر من اسبرها فانهم لا يكتبون الواو وهكذا ذكر ابن درستويه في كتاب
الكتاب المتمم وانشد اما اتت في سليم كوا والحقت في الهجا ظلما بعمرو **قوله** والحلف بالقطين
يتعارف اي بقوله لعمر الله وبقوله ايم الله يعني ان العرب استعملتهما في القسم ولم يرد النهي عنه **قوله**
وكذا قوله وعهد الله وميثاقه العهد في الاصل هي المواعدة التي تكون بين اثنين لوثوق احدهما
على الاخر وهو الميثاق وقد استعمل في اليمين كما قال تعالى واوفوا بعهد الله اذا عاهدتم ولا تنقضوا
الايمان بعد توكيدها وقد جعل عهد الله في القرآن يمينا كما ترى والميثاق في معناه فاذا حلف
بميثاق الله يكون يمينا كما في وعهد الله وكذا اذا حلف بذمة الله تعالى يكون يمينا ذكره في الاصل
لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يقول اذا بعث جيشا اذا حاصرتم اهل مصر او مدينة فارادوكم
على ان تعطوهم ذمة الله وذمة رسوله فلا تعطوهم فدل على انها يمين والذمة العهد والضمان

يقال

يقال هذا في ذمتي وذمي اي في ضماني كذا في الغايتين فعلى هذا يكون ذمة الله يمينا كعهد الله لانه في
معناه **قوله** وكذا اذا قال علي نذر او نذر الله هذا لفظ القدوري ايضا وانما جعل النذر
يمينا لما روى صاحب السنن باسناده الى ابن عباس رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
قال من نذر نذرا ولم يسمه فكفارته كفارة يمين وروى ايضا في السنن مسندا الى عقبة بن عامر
قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كفارة النذر كفارة اليمين قال الحاكم في الكافي وان حلف بالنذر
فان نوى شيئا من حج او عمرة فعليه ما نوى وان لم يكن له نية فعليه كفارة يمين **قوله** وان قال
ان فعلت كذا فهو يهودي او نصراني او كافر يكون يمينا وهذه من مسائل القدوري وقال الشافعي لا
يكون يمينا كذا في شرح الطحاوي والشامل وغيرهما له انه حلف بالمعصية فلا يصح كما اذا قال ان
فعل كذا فهو زان او شارب خمر او اكل ميتة وهو القياس ولنا ان الكفر لا يجوز استباحته ابدا
لان حرمة الكفر لا تنكشف بحال لقيام دليل الوحدانية فلما جعل فعل ذلك الشيء الذي حلف عليه
شرطا للكفر فقد جعله واجب الامتناع كهتك حرمة اسم الله تعالى فصار يمينا كتحريم المباح وهو
يمين بالنص فكذا هذا وروى صاحب المختلف حديثا رواه ابن عباس عن رسول الله صلى الله
عليه وسلم قال من حلف باليهودية والنصرانية فهذا يمين هذا اذا حلف على امر في المستقبل اما
اذا حلف على الماضي كاذبا قاصدا بان قال ان فعل كذا فهو يهودي وقد فعله فهي يمين الغموس
لا كفارة فيها عندنا ولكن هل يكفر ففيه اختلاف المشايخ قال في شرح الطحاوي روي عن محمد
بن مقاتل الرازي انه يكفر لانه كلام خرج مخرج التحقيق فيكفر به وروي عن ابي عبد الله
البلخي انه قال لا يكفر به وهكذا يروى عن ابي يوسف لان الكفر بالاعتقاد وهو لم يعتقد
الكفر فاما اذا كان عنده انه يكفر اذا حلف به في الماضي او في المستقبل وحنث في يمينه انه
يكفر لانه بالاقدام عليه صار مختارا للكفر واختيار الكفر كفر **قوله** ولو قال ان فعلت
كذا فعلي غضب الله او سخط الله فليس بحالف وهذه من مسائل القدوري وذلك لان الغضب عبارة
عن ارادة الانتقام من العصاة وهي من صفات الفعل فلم تكن في معنى الذات فكان اليمين بها يمينا
بغير الله تعالى فلا تجوز والسخط في معنى الغضب فكان في حكمه قال الحاكم لو دعا على نفسه باللعنة
او الموت او عذاب النار لا يكون يمينا وكذلك اذا قال هو ياكل الميتة او يستحل الدم او لحم الخنزير
او يترك الصلاة او الزكاة ان فعل كذا لا يكون يمينا لان ذلك وعد لا التزام شيء **قوله**
وكذا اذا قال ان فعلت كذا فانا زان او سارق او شارب خمر او اكل ربوا وذلك لان حرمة
هذه الاشياء ليست في معنى حرمة هتك حرمة اسم الله تعالى لان حرمة اسمه تعالى لا تحتمل النسخ
اصلا لقيام دليل الوحدانية وهو حدث العالم وليست كذلك هذه الاشياء فانها تحتمل
النسخ لانه تبدل حرمتها الى الحل في حيز الجواز عقلا الا ترى ان الخمر كان يجوز اباحتها
بالشرع وتباح الان اذا وقعت الضرورة ولان اليمين بهذه الاشياء ليست في عرف المسلمين لكن
ومبنى الايمان على العرف فلا تعقد اليمين بها لعدم العرف

فصل

في الكفارة شرع في الكفارة بعد بيان ما ينعقد به اليمين وما لا ينعقد لانها تكون بعد
اليمين لوجوبها بالحنث **قوله** قال وكفارة اليمين عتق رقبة يجزي فيها ما يجزي في
الظهار وان شاء كسا عشرة مساكين كل واحد ثوبا فما زاد وادناه ما يجوز فيه الصلاة
وان شاء اطعم عشرة مساكين كالاطعام في كفارة الظهار وهذا لفظ القدوري في مختصره والاصل
فيه قوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته

اطعام عشرة مساكين من اوسط ما تطعمون اهليكم او كسوتهم او تحرير رقبة فمن لم يجد فصيام ثلاثة
ايام ذلك كفارة ايمانكم اذا حلفتم واحفظوا ايمانكم اعلم ان الواجب على الحنث احد الاشيا الثلاثة غير عين
ويتعين ذلك باختيار العبد لان كلمة او للتخيير وهو مذهب عامة الفقها والمتكلمين وقال بعضهم احدها
واجب عينا عند الله تعالى وان كان مجهولا عند العباد والله تعالى يعلم ان العبد يختار ما هو الواجب
عنده تعالى وقالت المعتزلة الواجب الكل على البدل على معنى انه لا يجب تحصيل الكل ولا يجوز ترك
الكل واذا اتى بواحد كفى والمسئلة تتعلق بالاصول ويعرف تمامه ثمه ان شا الله ثم الرقبة تجزي فيها
المسلمة والكافرة والذكر والانثى والصغير والكبير كما في الظهار لان الله تعالى اطلق الرقبة في
اليمين ولم يقيد فجاز هنا ما جاز ثمه ولا تجزي العميا ولا المقطوعة اليدين او الرجلين لفوات
جنس المنفعة بخلاف العورا ومقطوعة احدى اليدين واحدى الرجلين لان اختلال المنفعة
ليس بمانع بخلاف المقطوعة يده ورجله من جانب واحد حيث لا يجوز لان منفعة المشي متعذرة وفي
الاصم اختلاف الرواية والاصح الجواز اذا صيح سمع وتمامه في الظهار ثم المكفر اذا اختار الكسوة
كسا عشرة مساكين لكل مسكين ثوب ازارا وردا او قميصا او قبا او كسا او جبة او ملحفة لان لابس
هذه الاشيا يسمى مكتسيا فيجزي كل واحد منها وفي السراويل في اختلاف الرواية قال في نوادر هشام
لا يجوز وفي نوادر ابن سماعة يجوز كذا في الاجناس وقال الكرخي في مختصره لا يجزي في ذلك
العمامة والقلنسوة ولا السراويل روى ذلك ابن سماعة وبشر وعلي بن الجعد عن ابي يوسف ورواه
محمد الكيسانيات املا محمد عنه كذلك لان لابسه يسمى عريانا فلا يثبت وله اسم الكسوة وقال في خلاصة
الفتاوى وعن محمد ان اعطى المراة لا يجوز وان اعطى الرجل يجوز لجواز صلاته فيه كالقميص
وقال الحاكم الشهيد في الكافي فان اعطى كل مسكين نصف ثوب لم يجزه من الكسوة ولكنه يجزي
من الطعام اذا كان نصف ثوب يساوي نصف صاع من حنطة ولو اعطى عشرة مساكين
ثوبا بينهم وهو ثوب كثير القيمة يصيب كل انسان منه اكثر من قيمة ثوب لم يجزه من الكسوة
واجزاه من الطعام ثم الاطعام يجوز فيه التمليك والاباحة خلافا للشافعي له ان التمليك ادفع
للحاجة ولنا ان حقيقة الاطعام جعل الغير طاعما وهو حاصل في التمكين كما في التمليك بخلاف
الزكاة لان الايتا ثمه شرط ولا يحصل ذلك بالاباحة ثم في الاطعام اعطى كل واحد من عشرة
مساكين صاعا من تمر او شعير او نصف صاع من حنطة او دقيق او سويق فان دعا عشرة
مساكين فغداهم وعشاهم اجزاه وكذلك ان اطعم خبزا ليس معه ادام وان اداهم قيمة الطعام
اجزاه وكذلك ان غداهم واعطاهم قيمة العشا وان غداهم وعشاهم وفيهم صبي فطيم او فوق ذلك
لم يجز وعليه اطعام مساكين واحد كذا ذكر الحاكم وغيره وحدث الشيخ ابو الحسن الكرخي عن ابي
العباس بن الصفر عن يوسف بن موسى عن وكيع عن ابن ابي ليلى عن عمرو بن مرة عن عبد الله
بن سلمة عن علي عليه السلام قال كفارة اليمين لكل مسكين نصف صاع من حنطة وحدث الكرخي
ايضا في مختصره باسناده الى عمر رضي الله عنه قال صاع من تمر او شعير او نصف صاع من بر
وحدث ايضا عن ابن الصفر عن يوسف بن موسى القطان عن وكيع عن سفيان عن يونس
عن الحسن قال تغديهم وتعشيهم وحدث ايضا باسناده الى مجاهد قال كل كفارة في القران نصف
صاع من بر لكل مسكين **قوله** قال فان لم يقدر على احد الاشيا الثلاثة صام ثلاثة ايام
متتابعات اي قال القدوري في مختصره اعلم ان الرجل اذا حنث في يمينه وهو معسر لا يجد ما يعتق
او يكسو او يطعم فعليه صيام ثلاثة ايام متتابعة فان صامها متفرقة لم يجزه وقال الشافعي رح

مخير

يخير ان شا فرق وان شا تابع لاطلاق نص القران ولنا ما روى محمد بن الحسن في الاصل بقوله
انها في قراة ابن مسعود وصيام ثلاثة ايام متتابعة وقيل انه كانت مشهورة الى زمن ابي حنيفة
رضي الله عنه ويجوز الزيادة على النص بالمشهور لا يقال اجعلوا قراته كنص اخر فاعملوا
بموجب النصين فيجوز التفريق والتتابع كما جوزتم في صدقة الفطر عن العبد المسلم والكافر
بموجب الخبرين المطلق والمقيد لانا نقول ورد الاطلاق والتقييد في صدقة الفطر في السبب
دون الحكم ولا تنافي في الاسباب فعملنا بموجب المطلق والمقيد جميعا بخلاف ما نحن فيه لان
النصين وردا في الحكم والحكم الواحد لا يقبل وصفين متنافيين فحمل على المقيد لا محالة قال الحاكم
الشهيد في مختصره المسمى بالكافي وكفارة يمين المملوك بالصوم ما لم يعتق ولا يجزي ان يعتق عنه
مولاه او يطعم او يكسو وكذلك المكاتب والمستسعي في قول ابي حنيفة رضي الله عنه ذكره قبيل
باب الطعام في كفارة اليمين وذكر في باب الطعام في كفارة اليمين وذكر في باب الصيام وان
صام العبد عن كفارة يمينه فعتق قبل ان يفرغ منه واصاب مالا لم يجزه الصوم **قوله** ثم المذكور
في الكتاب اي في مختصر القدوري اراد بالمذكور قوله في اول وادناه ما يجوز فيه الصلاة وهو
كالسراويل للرجل وقد مر بيانه انفا **قوله** وان قدم الكفارة على الحنث لم يجزه هذا لفظه
القدوري في مختصره وقال الشافعي التكفير بالمال قبل الحنث يجوز وعنه في التكفير بالصوم
قبل الحنث روايتان ذكر العالم في طريقة الخلاف له ان سبب الكفارة اليمين بدليل اضافتها الى اليمين وبعداها بعد
وجود السبب فيصح التكفير بعد الجرح قبل الموت ولنا ان الكفارة هي الفعلة التي من شانها ان تكفر الخطيئة
اي تستر ها من الكفر وهو التغطية والستر وسمي الرجل كافرا لانه مغطي على قلبه والكافر ودعا الطلع
وهو الكفر والكفرى وكافور الطيب لانه يعوق ويحصن وسمي الليل كافرا لانه يغطي الارض وكفر السحاب
السما اذا غطاها وانشد ابن دريد في ليلة كفر النجوم غمامها وتكفر بثوبه اي اشتمل به وتكفر في السلاح
اذا دخل في الدرع فلما ثبت هذا قلنا ان ستر الخطيئة قبل وجودها لا يتصور فلا يصح التكفير قبل
الحنث لانه يلزم تقديم المسبب على السبب وهو فاسد كما لو كفر قبل الافطار ولا نسلم ان اليمين سبب
للكفارة لان ادنى درجات السبب ان يكون موصلا الى الشي لا ما نعا له واليمين تنعقد للبر لا للحنث فلا
تكون موصلة الى الكفارة الا بالحنث الذي يرتفع به اليمين ولين سلمنا انها سبب لكن لا نسلم انها تنعقد
سببا في الحال قبل الحنث لان الحنث لكونه شرطا يعدم انعقاد السبب قبل وجوده واضافة
الكفارة الى اليمين مجاز لانها على عرض ان تصير سببا على تقدير الحنث وقد مر بيانه في التهذيب
والجرح مفض الى الموت فكان اداء التكفير بعد الجرح قبل الموت ادا المسبب بعد سببه فيفسد قياس
اليمين على الجرح ولان التكفير بالمال احد نوعي التكفير فلا يصح قبل الحنث قياسا على النوع الاخر وهو
الصوم **قوله** ثم لا يسترد من المسكين عطف على قوله لم يجزه يعني لا يسترد المال من المسكين
وان كان لا يقع عن الكفارة قبل الحنث لانها وقعت صدقة ولا استرداد فيها **قوله** ومن حلف
على معصية مثل ان لا يصلي او لا يكلم اباه او ليقتلن فلانا ينبغي ان يحنث نفسه ويكفر عن يمينه وهذا
لفظ القدوري في مختصره والاصل فيه ما حدث البخاري في الصحيح باسناده الى عبد الرحمن بن سمرة
قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تسال الامارة فانك ان اعطيتها عن غير مسالة اعنت عليها وان
اعطيتها عن مسالة وكلت اليها واذا حلفت على يمين فرايت غيرها خيرا منها فات الذي هو خير وكفر
عن يمينك وفي رواية اخرى في السنن فكفر عن يمينك ثم ائت الذي هو خير وحدث في الصحيح والسنن
ايضا مسندا الى عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه قال من نذر ان يطيع الله فليطعه ومن نذر

ان يعصيه فلا يعصه وقال محمد بن الحسن في الاصل بلغنا عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من حلف
على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه ومعنى قوله على يمين اي على مقسم عليه
وقد مر بيان المقسم عليه في اول كتاب الايمان ثم المراد من قوله ليقتلن فلانا ان يكون اليمين موقتة بان
يقول ليقتلن فلانا اليوم او غدا اما اذا كانت مطلقة فالبر قائم ما دام الحالف والمحلوف عليه قائمين
كما هو الاصل في اليمين المطلقة المثبتة مثل قوله والله لآكلن هذا الرغيف او لآتين البصرة فلا يتصور
التحنيث في الحال وانما يحنث في آخر جزء من اجزاء الحياة فيوصي بالكفارة حينئذ اذا هلك الحالف ويكفر عن
يمينه اذا هلك المحلوف عليه ثم التكفير بالمال قبل الحنث يجوز على رواية السنن كما ذهب اليه الشافعي
ولكن علماؤنا رجحوا رواية الصحيح لكونها موافقة للقياس لانه يلزم تقديم المسبب على السبب على ما ذهب
اليه الشافعي بخلاف ما ذهبنا اليه وقد مر بيانه آنفا **قوله** ولان فيما قلناه تفويت البر الى
جابر وهو الكفارة ولا جابر للمعصية في ضده اي لان في الذي قلناه اي في تحنيث النفس والتكفير
بعد ذلك يفوت البر لكن الى جابر والجابر هو الكفارة والفوات الى جابر كلا فوات فيكون المعصية
الحاصلة بتفويت البر كلا معصية لوجود الجابر اما اذا اتى بالبر وهو ترك الصلاة وقطع الكلام
عن الاب وقتل الفلان بغير حق تحصل المعصية بلا جابر لها فيكون المعصية قائمة لا محالة فلهذا
قلنا يحنث نفسه ويكفر عن يمينه والضمير في ضده يرجع الى ما في فيما قلناه واراد بالضد البر في اليمين
قوله واذا حلف الكافر ثم حنث في حال الكفر او بعد اسلامه فلا حنث عليه اي لا كفارة عليه
وهذه من مسائل القدوري وقال في الشامل وكذلك لو حلف ثم ارتد ثم اسلم فحنث لا يلزمه شيء
وقال في شرح الاقطع قال الشافعي تنعقد يمينه فان حنث حال كفره كفر بالعتق والكسوة
والاطعام دون الصوم وان حنث بعد اسلامه كفر بالصوم ان كان معسرا له ما روي عن نافع
عن ابن عمر قال قلت يا رسول الله اني نذرت في الجاهلية نذرا وقد جاء الله عز وجل بالاسلام
فقال ف بنذرك ولنا قوله تعالى فقاتلوا ائمة الكفر انهم لا ايمان لهم وقد روينا قبل هذا عن
عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من نذر ان يطيع الله فليطعه ومن نذر ان
يعصيه فلا يعصه وجه الاستدلال به ان صيام الكافر واعتاقه معصية فلا يصح ذلك بموجب
الحديث وقال تعالى ان ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف وقد قال عليه السلام الاسلام يجب ما قبله
فلا حاجة الى الكفارة مع غفران ما سلف وروي ان النبي صلى الله عليه وسلم اراد ان يتزوج امرأة
زيد بن حارثة فقالت اني عاهدت زوجي ان مات قبلي ان لا اتزوج ابدا وعاهدني كذلك فقال
صلى الله عليه وسلم ان كان ذلك في الجاهلية فارفضيه عنك وان كان في حال الاسلام ففي بعهدك
وقوله عليه السلام لعمر ف بنذرك لم يكن على طريق الايجاب بل كان على الاستحباب لطيبة النفس
بدليل ما تلونا وما روينا وذاك لان نذره في الجاهلية كان معصية ولا نذر فيها والذي
كان يفعله بامر النبي كان طاعة فعلم انه امره لا على انه واجب ولان انعقاد اليمين لتعظيم الله
عز وجل ومع الاقدام على الكفر لا تعظيم لله عز وجل فلا ينعقد يمينه ولان الكفارة فيها مدخل
للصوم ان كان الحانث معسرا بالآية والكافر لا يصح صومه لكونه عبادة فلا ينعقد يمينه
فان قلت حلف الكافر بالله تعالى في الدعاوي يصح فيجب ان يصح في غيرها قلت
لا نسلم الملازمة لان يمينه في الدعاوي تقع على الماضي وكلامنا في انعقاد يمينه فلم يصح الاستدلال
بغير المنعقد على المنعقد ولان الكافر يستعظم اليمين كاذبا والحاكم محتاج الى قطع الخصومة
بذلك فصح ولا حاجة الى انعقاد يمينه فلا يصح **قوله** ومن حرم على نفسه شيئا مما يملكه لم يصر

محرما

محرما وعليه ان استباحه كفارة يمين وهذا لفظ القدوري في مختصره وقال الشافعي لا كفارة
عليه واصل المسألة ان تحريم المباح يمين عندنا خلافا للشافعي رحمه الله له انه لو كان يمينا يلزم قلب
المشروع فلا يجوز ولنا قوله تعالى يا ايها النبي لم تحرم ما احل الله لك نزلت الآية حين حرم النبي صلى
الله عليه وسلم مارية او العسل على نفسه على اختلاف الرواية ولا منافاة ثم قال تعالى قد فرض
الله لكم تحلة ايمانكم فعلم ان تحريم المباح وهو تحريم الحلال يمين ولان التحريم اذا اضيف الى
الاعيان توصف الاعيان به حقيقة مجازا على اضمار الفعل خلافا للمعتزلة وقد عرف في الاصول فاذا كان
العين حراما يفيد تحريم كل جزء منه كالخمر والميتة يحنث بفعل قليله وكثيره وتحل اليمين لكن ليس في وسع
العبد اثبات الحرمة لذاته وعينه فتثبت الحرمة لغيره وهو صيانة حرمة اليمين باثبات موجب اليمين
وهو الكفارة على تقدير الحنث بفعل قليله وكثيره بخلاف ما اذا ما حلف لا ياكل طعاما بعينه لا يحنث
بأكل بعضه لان الشرط اكل الجميع وبه صرح الشيخ ابو نصر ومعنى قوله حرم على نفسه بان قال
حرام علي ثوبي هذا او طعامي هذا او شايي هذه او كلام فلان علي حرام وما اشبه ذلك وقوله
لم يصر محرما اي لم يصر ذلك الشيء المحلوف عليه حراما لعينه وقوله ان استباحه اي فعل المحلوف
عليه قوله قليلا او كثيرا معمول به لقوله فعل **قوله** وهو المعنى من الاستباحة اي فعل ما
حرمه هو المراد من الاستباحة التي ذكرها القدوري **قوله** لان التحريم يعني تحريم العين وهو
دليل قوله اذا فعل مما حرمه قليلا او كثيرا حنث وذاك لان تحريم العين اذا ثبت تناول كل جزء منه
اي ما حرمه فيحنث بالقليل والكثير **قوله** ولو قال كل حل علي حرام فهو على الطعام والشراب
الا ان ينوي غير ذلك وهذا لفظ القدوري وهو ظاهر الرواية قال الحاكم الشهيد في الكافي واذا
قال الرجل كل حل علي حرام سئل عن نيته فان نوى يمينا فهي يمين ويكفرها ولا يدخل امرأته في ذلك
الا ان ينويها فان نواها دخلت فيه فاذا اكل او شرب او قرب امرأته حنث وسقط عنه الايلاء ان
لم يكن له نية فهي يمين يكفرها لا يدخل امرأته فيها فان نوى فيه الطلاق فالقول فيه كالقول
في الحرام اي يصح ما نوى وان نوى الكذب فهو كذب وفيه خلاف زفر وهو انه يحنث كما فرغ
عن يمينه لان كلمة كل اذا دخلت في النكرة توجب احاطة الافراد فيحنث عقيب يمينه وذلك لان
موجب كلامه ان يكون كل حل عليه حراما وقد باشر ما حرمه من التنفس وفتح العين ولنا ان
صيغة العام اذا لم يمكن اجراؤها على عمومها يراد بها اخص الخصوص للتيقن وهنا لا يمكن ذلك لان
الانسان لا يمكنه منع نفسه عن التنفس وفتح العين وذلك له حلال فحمل على الحلال الاسم وهو ما
يعيش به من المطعوم والمشروب **قوله** فانه يستعمل فيما يتناول عادة تعليل لقوله للعرف
يعني انما انصرف قوله كل حل علي حرام الى الطعام والشراب لانه في عرف الناس يستعمل في ذلك
قوله ولا يتناول المرأة الا بالنية لاسقاط اعتبار العموم وذاك لانه لا يمكن اجراء اللفظ على العموم
وقد مر بيانه آنفا **قوله** واذا نواها كانت ايلاء وذاك لان اليمين في الزوجات ايلاء فان
جامعها في المدة كفر عن يمينه وان لم يقربها حتى مضت مدة الايلاء بانت بالايلاء ولكن مع ارادة
الايلاء لا يصرف اليمين عن الطعام والشراب حتى اذا اكل او شرب حنث كما اذا قرب **قوله**
ومشايخنا قالوا يقع به الطلاق من غير نية لغلبة الاستعمال وعليه الفتوى اراد بهم مشايخ
بلخ كابي بكر الاسكاف وابي بكر بن ابي سعيد والفقيه ابي جعفر حيث قالوا يقع الطلاق وان
لم ينو قال الفقيه ابو الليث وبه نأخذ لان العادة جرت فيما بين الناس في زماننا هذا انهم يريدون
بهذا اللفظ الطلاق قال في الفتاوى الصغرى اختلف المشايخ في قوله حلال الله علي حرام

واختار الفقيه ابو الليث انه ينصرف الى الطلاق من غير نية وقال فيها ايضا وفي فتاوى النسفي
حلال المسلمين علي حرام ينصرف الى الطلاق بلا نية للعرف **قوله** واختلفوا في قوله هرچه
بدست چپ كيرم بر وي حرام انه هل يشترط النية اي اختلف المشايخ في خلاصة الفتاوى هرچه
بدست راست كيرم بر من حرام لا يصدق انه لم ينو ولو قال هرچه بدست راست كرفته ام فهو
بمنزلة قوله كيرم ولو قال هرچه بدست چپ كيرم في مجموع النوازل لا يكون طلاقا وان نوى ولو
قال هرچه بدست راست كرفتم لا يكون طلاقا لان العرف في قوله كيرم ولا عرف في قوله كرفتم
ولو قال هرچه بدست كيرم ولم يقل راست او چپ فهو بمنزلة قوله هرچه بدست راست كيرم
قوله ومن نذر نذرا مطلقا فعليه الوفاء به وهذا لفظ القدوري في مختصره اراد بالمطلق ان
يكون نذره مطلقا عن ذكر الشرط بان قال لله علي صوم سنة بدون التعليق بشيء اعلم انه اذا
جعل لله على نفسه حجا او عمرة او صوما او صلاة او ما اشبه ذلك مما هو طاعة الله تعالى يلزمه
الوفاء به لقوله عليه السلام من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمى وكذا اذا علق نذره بشرط فوجد
الشرط يلزمه الوفاء بالنذر ولم يجزه كفارة اليمين وهذا ظاهر الرواية قال فخر الاسلام البزدوي
اذا فعل الشرط وهو معسر كان له ان يصوم سنة او يكفر بصيام ثلاثة ايام عند محمد وهو
مروي في النوادر عن ابي حنيفة فاما في ظاهر الرواية فيجب الوفاء به لا محالة وجه الظاهر
اطلاق الحديث ووجه رواية النوادر ما روي في السنن مسندا الى عقبة بن عامر رضي الله عنه
قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كفارة النذر كفارة اليمين وروى عبد العزيز بن خالد
الترمذي ان ابا حنيفة رضي الله عنه رجع الى هذا القول قبل موته بثلاثة ايام او بسبعة ايام
قال في الفتاوى الولوالجي ومشايخ بلخ وبخارى يفتون بهذا وهو اختيار شمس الائمة السرخسي
واختيار الشيخ الامام الاجل برهان الائمة وقال هذا اذا كان النذر معلقا بشرط لا يريد
كونه اما اذا كان معلقا بشرط يريد كونه اما لجلب منفعة او لدفع مضرة بان قال ان شفى الله
مريضي او رد الله غائبي او مات عدوي فعلي صوم سنة فاذا وجد الشرط يلزمه الوفاء به فلا
يخرج عنه بالكفارة فحمل الحديث الاول على شرط يريد كونه والاخر على شرط لا يريد كونه
جمعا بين الحديثين وذلك لان فيما لا يريد كونه وجد معنى اليمين وهو المنع وظاهر لفظه نذر
فكان مخيرا بين الوفاء بالنذر وكفارة اليمين توفيرا للجهتين حظهما فجاز التخيير بين القليل
والكثير لكون النذر واليمين مختلفين معنى لان النذر قربة مقصودة واجب لعينه واليمين
قربة غير مقصودة لانه واجب لغيره وهو صيانة حرمة اسم الله تعالى بخلاف ما اذا كان
يريد كونه حيث لم يوجد فيه معنى اليمين وهو المنع فلزمه الوفاء بالنذر وانما فككلامنا
هنا على حسب ما اقتضاه باب الهداية ولنا فيه نظر لان فيما يريد كونه من الشرط ان لم يوجد
معنى المنع وهو احد الغرضين من اليمين يوجد الغرض الاخر وهو الحمل فينبغي ان يكون
مخيرا **قوله** ولان المعلق بالشرط كالمنجز عنده اي عند وجود الشرط فلو قال
عند الشرط علي حجة او صوم سنة لا يخرج عنه بالكفارة فكذا اذا علق **قوله** رجع
عنه اي عن الوفاء بنفس النذر الى التخيير بينه وبين كفارة اليمين **قوله** قال ومن
حلف على يمين فقال ان شاء الله متصلا بيمينه فلا حنث عليه اي قال القدوري في مختصره
ومعنى قوله على يمين اي على مقسم عليه قال الحاكم في مختصره واذا حلف على يمين او نذر فقال
ان شاء الله موصولا فليس عليه شيء بلغنا نحو ذلك عن ابن مسعود وابن عباس وابن عمر رضي

الله عنهم وكذلك قال موسى صلوات الله عليه ستجدني ان شاء الله صابرا ولا اعصي لك امرا فلم
يصبر ولم يكن ذلك خلفا للوعد منه ولو لم يقل ان شاء الله كان خلفا والتحقيق في الجواب
ان قوله ان شاء الله تعليق والتعليق معدم للسبب قصدا الى وجود الشرط والحكم ضمنا فيبقى
السبب معلقا والحكم معدوما على البقاء الاصلي لان الشرط لا يعلم وجوده وقد استوفينا
بيان ذلك في فصل قبل باب طلاق المريض **قوله** لقوله عليه السلام من حلف على يمين
فقال ان شاء الله فقد بر في يمينه ولفظ الحديث في السنن مسندا الى ابن عمر عن النبي صلى الله
عليه وسلم قال من حلف على يمين فقال ان شاء الله فقد استثنى ومعنى قوله بر في يمينه اي لم يحنث
قوله الا انه لا بد من الاتصال استثناء من قوله فلا حنث عليه يعني انما لا يحنث اذا كان الاستثناء
متصلا بيمينه بان لا يقطع قوله ان شاء الله عن يمينه بكلام او سكوت والفصل لانقطاع النفس لا يعتبر به
لتعذر الاحتراز عنه اما اذا كان الاستثناء منفصلا فلا عبرة به فعليه الحنث لانه حينئذ يلزم الرجوع
عن اليمين ولا يصح الرجوع عنها وروي عن ابن عباس صحة الاستثناء المنفصل وقد مر جوابه قبل باب
طلاق المريض والله اعلم

باب اليمين في الدخول والسكنى

لما كان انعقاد اليمين على فعل شيء او تركه شرع يذكر الافعال التي تنعقد عليها اليمين بابا
بابا الا انه قدم هذا الباب على غيره لانه اهم لان الانسان محتاج الى مسكن يدخل فيه ويستقر ثم
يترتب على ذلك سائر الافعال من الاكل والشرب واليه اشار الله تعالى بقوله جعل لكم الارض
فراشا والسماء بناء وانزل من السماء ماء فاخرج به من الثمرات رزقا لكم وهذا لانه ذكر الرزق بعد
جعل الارض فراشا **قوله** ومن حلف لا يدخل بيتا فدخل الكعبة او المسجد او البيعة او الكنيسة
لم يحنث وهذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان هذه المواضع لا تدخل تحت اسم البيت في
العادة لانه اسم لما يبات فيه وهذه لم تبن للبيتوتة والمعتبر في الايمان العادة دون الفاظ
القرآن فلهذا لم يحنث بالدخول فيها وان اطلق عليها اسم البيت في القرآن كقوله في الكعبة ان اول بيت
وضع للناس وكقوله في بيوت اذن الله ان ترفع ويذكر فيها اسمه وما ذكر بعضهم في شرحه
منقولا عن الفوائد الظهيرية انه اذا حلف لا يهدم بيتا فهدم بيت العنكبوت يحنث فذلك
سهو لكونه مخالفا للاصل الذي ذكرنا ولكونه مخالفا للرواية الاثرية ان الشيخ ابا نصر قال
وان حلف لا يخرب بيتا فخرب بيت العنكبوت لم يحنث وان سماه الله بيتا ذكره في مسئلة لا ياكل
لحما فاكل السمك لم يحنث ثم البيعة متعبد النصارى والكنيسة لليهود قال القتبي في تفسيره لهدمت
صوامع للصابئين وبيع النصارى وصلوات يريد وبيوت صلوات يعني كنائس اليهود ومساجد
للمسلمين ونقل في خلاصة الفتاوى عن الاصل لو حلف لا يسكن بيتا ولا نية له فسكن بيتا
من شعر او فسطاطا او خيمة لا يحنث ان كان الحالف من اهل المصر وان كان من اهل البادية يحنث
قوله وكذا اذا دخل دهليزا او ظلة باب الدار اي لا يحنث في يمينه لا يدخل بيتا اذا دخل
دهليزا او ظلة باب الدار لان البيت ما اعد للبيتوتة ولم يعد هذا واليه اشار بقوله لما
ذكرنا وهذا هو ظاهر الرواية وعلل في شرح الطحاوي بقوله لان هذه المواضع لا تسمى بيتا
على الاطلاق وقال في التحفة ولو دخل دهليز الدار يحنث لانه في الداخل وتاويله ما قال صاحب
الهداية بقوله وقيل اذا كان الدهليز يحنث لو اغلق الباب يبقى وهو مسقف يحنث لانه يبات
في الدهليز المسقف عادة وقال في التحفة ايضا وان قام على اسكفة الباب ان كان الباب اذا اغلق
كانت الاسكفة خارجة منه لم يحنث وان بقيت في داخل الدار حنث والظلة ما اظل فوقه

الباب خارج الدار قوله وان دخل صفة حنث اي في يمينه لا يدخل بيتا وذاك لانه بيات
فيه في بعض فصول السنة قال الامام الاسبيجابي رحمه الله في شرح الطحاوي هذا اذا كان
الحالف في بلادهم لان لصفافهم ابوابا كابواب البيوت واما في بلادنا لا يحنث لان صفافنا غير
مبوبة واليه ذهب صاحب التحفة وقال صاحب الهداية قيل الجواب مجرا على اطلاقه
يعني يحنث اي صفة دخلها لصحة البيتوتة فيها واليه ذهب في الهداية قال الفقيه ابو الليث
في شرح الجامع الصغير ذكر عن ابي خازم قاضي بغداد قال هذه المسئلة كانت مشكلة حتى انتهت
الي الكوفة فرايت صفافهم مبوبة فعلمت ان الايمان وضعها على تعارفهم وقال ابو بكر الرازي في
شرحه لمختصر الطحاوي وانما قال اصحابنا ذلك على حسب عاداتهم كانت بالكوفة حينئذ وهم
يسمون بيتا في جوفه بيت اخر صفة فاما اسم الصفة ببغداد لا يتناول ولا اسم البيت يتناول
الصفة قوله صفافهم اي صفاف اهل الكوفة وبه صرح في التحفة قوله ومن حلف
لا يدخل دارا فدخل دارا خربة لم يحنث ولو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما
انهدمت وصارت صحرا احنث وهذه من مسايل القدوري وقال الشافعي لا يحنث في الوجهين
وهذا لان الدار اسم لقطعة ارض ضربت لها الحدود وخط لها دايرة وبني في بعضها
دون البعض ليجمع فيها مرافق الصحرا للاستراح ومرافق الابنية للاستكنان وغير ذلك
سوا كانت الابنية بالما والتراب او بالحجر والقصب لكن البنا صفة فيها بدليل قولهم دار
عامرة ودار غامرة والاصل هو الصحرا لكونها هي المقصودة فلما كان البنا وصفا قلنا ان
الوصف في الحاضر لغو الا كانت الصفة داعية الي اليمين وفي الغايب معتبر لانه يفيد التعريف
كما قال لا يكلم هذا الشاب فكلمه بعد ما شاخ حنث بخلاف قوله شابا حيث لا يحنث بكلامه بعد
ما شاخ فلهذا لم يحنث اذا قال دارا اذا دخلها بعد الخراب بخلاف ما اذا قال هذه الدار حيث
يحنث بالدخول بعد الخراب وهذا بخلاف البيت لان البنا اصل فيه اذ به صار محل البيتوتة
فلم يحنث بالدخول بعد الانهدام سوا كان معروفا او منكرا فان قلت
البنا لا يخلو من احد الامرين اما ان كان داخلا في مسمى الدار او لا فعلى كلا التقديرين لا
يفترق الحال بالتعريف والتنكير لانه ان كان داخلا ينبغي ان يكون مرادا في المعرف
ايضا كيلا يحنث بدخول الصحرا وان لم يكن داخلا لا يكون مرادا في المنكر ايضا كي يحنث
بدخول الصحرا قلت هذه مغالطة وذلك لان الوصف لا يعتبر في
الحاضر لان الاشارة ابلغ في التعريف فلا يكون داخلا في المسمى وفي الغايب معتبر لان
المعرفة تحصل به فكان داخلا في المسمى قوله وقد شهدت اشعار العرب بذلك
اي بان الدار اسم للعرصة قال زهير وقفت بها من بعد عشرين حجة فلايا عرفت الدار
بعد توهم والاي الجهد والمشقة يقول وقفت بدارام اوفي بعد مضي عشرين سنة من بينها
وعرفت دارها بعد التوهم بمقاساة جهد ومعاناة مشقة وقال لبيد عفت الديار
محلها فمقامها بمنا تابد غولها فرجامها اي عفت ديار الاحباب ما كان منها للحلول دون
الاقامة وما كان منها للاقامة ومنا موضع بحمى ضربه غير منا الحرم وتابد توحش والغول
والرجام جبلان معروفان وقال النابغة يا دارمية بالعلياء والسند اقوت وطال عليها
سالف الامد واقوت اي اقفرت والسند اسم جبل وقال حسان لمن الدار اقفرت بمعان
اصبحت خلا بعد ما قد نخلها في نشاط والنشاط شرة من الصبي وهذه الابيات كما

تذري دلت على ان الدار تسمى دارا بعد ارتحال اهلها عنها وامحا اثارها ودروس رسومها
واطلالها وفي هذا الباب كثرة لا يمكن احصاوها وقد اورد الفقيه ابو الليث في شرح
الجامع الصغير والامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي بيتا يصلح لضبط الفقها وهو
الدار دار وان زالت حوايطها والبيت ليس ببيت بعد تهديم ولكن لا يصلح للاحتجاج
به لان قايله ليس بمعلوم وانشا مثله لكل احد غير عسير قوله ولو حلف لا يدخل
هذه الدار فخربت ثم بنيت اخري فدخلها يحنث اي بنيت دار اخري وذلك لان الدار لا
يزول عنها اسم الدار بعد الخراب على ما مر بيانه فلما كان كذلك حنث بالدخول بعد بنايها دارا اخري لانها لم تتبدل لا
باعتبار اصله وانما تبدل الوصف وذاك لا يعتبر في الحاضر قوله وان جعلت مسجدا او حماما او بستانا او
بني بيتا فدخله لم يحنث وكذا اذا غلبت عليها دجلة او الفرات فصارت بحرا او نهرا فدخلها لا يحنث كذا
ذكر الشيخ ابو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير وذاك لانها لا تبقي دارا في هذه الاحوال لزوال صورتها
بالكلية وهي ذاتها التي ادير عليها الخط وميز مما سواها ولارتفاع مرافقها وانقطاع منافعها بالكلية
ولانها تبدل اصلها لانه تبدل اسمها وذاك لان الاعيان الموجودة تعرف باسمايها فلما تبدل الاسم كان ذلك
بمنزلة تبدل العين قوله وكذا اذا دخله بعد انهدام الحمام واشباهه يعني في يمينه لا يدخل هذه الدار
اذا خربت فبنيت مسجدا او حماما او بستانا او بيتا ثم انهدم هذه الاشيا فدخل العرصة لا يحنث لان عليه
ثبوت اسم الدار زالت بالكلية باعتراض هذه الاشيا فبانهدامها لا يعود اسم الدار فلم يصر الصحرا عين تلك
الدار وكذلك لو بنيت دارا مرة اخري بعد انهدام هذه الاشيا ودخلها لم يحنث لانها غير تلك الدار التي
منع نفسه عن الدخول فيها وبه صرح الشيخ ابو المعين النسفي وغيره في شرح الجامع قوله لا يعود
اسم الدارية بالياء المشددة المنقوطة بنقطتين تحتانيتين بعدها تا التانيث كذا السماع قوله
وان حلف لا يدخل هذا البيت فدخله بعد ما انهدم وصار صحرا لم يحنث وهذا لفظ القدوري وهي
من المسايل المعادة في الجامع الصغير وذاك لان اسم البيت قد زال بالانهدام لزوال علة استحقاق
الاسم وهو البنا الذي يبات فيه وليس هذا كالدار ولا بنا فيها ولا يسمي البيت بيتا وهو صحرا وكذا اذا
بني بيتا اخر فدخله لا يحنث لانه صار بيتا جديدا كذا ذكروا في شروح الجامع الصغير اما اذا
رفع سقف البيت وبقيت حيطانه فدخله يحنث وذاك لان السقف صفة الكمال في البيت لصحة
البيتوتة في غير المسقف فلم يضر فوات الوصف كالبنا في الدار قوله ومن حلف لا يدخل هذه
الدار فوقف على سطحها حنث وهذا لفظ القدوري وذكر في الشامل في قسم المبسوط حلف لا يدخل
دار فلان فقام على حايطه او سطحه حنث وقال في شرح الاقطع قال الشافعي لا يحنث لنا ان السطح
من الدار لان الدار عبارة عما احاطت به الدايرة في علو الدار وسفلها ولانه يصح اقتدا الذي على
سطح المسجد بمن فيه ولا يفسد اعتكاف المعتكف بالصعود الي سطح المسجد ولو حلف لا يخرج من
هذه الدار فصعد سطحها لم يحنث ولو لم يكن عساب الداخل لحنث بالمصير اليه لحصول الخروج له
قوله وقيل في عرفنا لا يحنث اي بالوقوف على سطح الدار قال الفقيه ابو الليث في النوازل
ان كان الحالف من بلاد العجم فانه لا يحنث في هذا كله ما لم يدخل الدار لان الناس لا يعرفون ذلك
دخولا في الدار قوله قال وكذا اذا دخل دهليزها يحنث اي قال القدوري قوله ويجب
ان يكون على التفصيل الذي تقدم يعني اذا اغلق الباب يبقي وهو مسقف قوله وان وقف
في طاق الباب يحنث اذا اغلق الباب كان خارجا لم يحنث وهذا لفظ القدوري اذا كان الطاق خارجا
من الدار اذا اغلق الباب لا يكون الواقف في الطاق حانثا في يمينه لا يدخل هذه الدار لان الباب

لاحاز ما في الدار فلما كان الطاق خارجا لم يكن من الدار ولو كان الرجل داخلا في الدار فحلف ان لا يخرج منها فقام في مقام يكون الباب بينه وبين الدار اذا اغلق حنث لانه خرج كذا نص الحاكم **قوله** ومن حلف لا يدخل هذه الدار وهو فيها لم يحنث بالقعود حتى يخرج ثم يدخل وهذا لفظ القدوري في مختصره وهذا استحسان والقياس الحنث قال الشيخ ابو نصر قال الشافعي في بعض كتبه يحنث والتزم بعض اصحابه اذا قال لا اخرج وهو خارج انه يحنث لان الدوام على الفعل له حكم ابتدا الفعل كما اذا حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه او لا يركب هذه الدابة وهو راكبها فدام على ذلك يحنث ولنا ان دخول الدار عبارة عن الانتقال من خارجها الى داخلها وخروجها بالعكس والمكث في الداخل او الخارج ليس بانتقال فلا يكون دخولا واما في الدخول والخروج فلان الدخول او الخروج لا يوصف بالامتداد اذ لا يصح ان يقال دخلت يوما او خرجت يوما فلا يثبت الدوام بخلاف اللبس والركوب حيث يصح وصفهما بالامتداد فقد القياس **قوله** ولو حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه فنزعه في الحال لم يحنث وكذا اذا حلف لا يركب هذه الدابة وهو راكبها فنزل من ساعته وهذا لفظ القدوري وكذا اذا حلف لا يسكن هذه الدار فاخذ في النقلة من ساعته لم يحنث وهذا قول اصحابنا وقال زفر رحمه الله يحنث وهو القياس وان لبث ساعة يحنث بالاتفاق وجه قوله ان الركوب او اللبس او السكنى قد وجد بعد اليمين وهو شرط الحنث وشرط الحنث يستوي فيه القليل والكثير ولنا ان غرض الحالف من اليمين البر لا الحنث ولا يمكن البر الا بان يكون زمان النزع والنزول والنقلة مستثنى من اليمين وذلك لانه ليس في وسع البشر الامتناع عن ذلك القدر فيكون مستثنى لا محالة دلالة وان لم يستثن افصاحا بخلاف ما اذا لبث ساعة ثم اخذ في النزع والنزول والنقلة حيث يحنث لان هذه الافعال اعني اللبس والركوب والسكنى لها دوام بتجدد امثالها بدليل صحة ضرب المدة بان يقال لبست يوما وركبت يوما وسكنت يوما فكان للدوام حكم الابتدا فيحنث الا ان يعني الابتدا الخالص فحينئذ لا يحنث باللبث **قوله** ان اليمين تعقد للبر لا يقال لا نسلم ان انعقاد اليمين للبر الا ترى ان الحلف على مس السما منعقد والبر لا يتصور لانا نقول اليمين ثمة منعقدة للبر ايضا للامكان لكن للعجز الظاهر انتقل الحاكم الى الخلف وهو الكفارة **قوله** فيستثنى منه زمان تحقيقه الضمير في منه راجع الى اليمين على تاويل الحلف وفي تحقيقه راجع الى البر **قوله** يصدق في يمينه لا يحنث وقد مر بيانه **قوله** ومن حلف لا يسكن هذه الدار فخرج هو ومتاعه واهله فيها ولم يرد الرجوع اليها حنث وهذه من مسائل الجامع الصغير والقدوري قال الشيخ ابو نصر قال الشافعي لا يحنث وحملها على ثلاثة اوجه اما ان كانت المسئلة في المصر او القرية او الدار ففي الدار يحنث اذا لم ينقل الاهل والمتاع بدلالة العرف فان الرجل يكون عامة نهاره في السوق ومع هذا يقال انه يسكن في دار كذا او سكة كذا قال في خلاصة الفتاوى والسكة والمحلة بمنزلة الدار اما اذا قال لا اسكن هذا المصر او هذا البلد فانتقل الى مصر اخر بنفسه ولم ينقل الاهل والمتاع لا يحنث في يمينه لانه لا يعد ساكنا في المصر الذي انتقل عنه عرفا وان لم ينقل الاهل والمتاع كذا نقل الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير عن الامالي عن ابي يوسف واما في القرية اختلف المشايخ فحملها بعضهم على المصر وهو الصحيح وهو اختيار الشيخ الامام الاجل برهان الدين والد الصدر الشهيد وحملها بعضهم على الدار قال الفقيه ابو الليث في النوازل وهذا اذا كانت اليمين بالعربية فاذا كانت بالفارسية

فانه

فانه لا يحنث في الاحوال كلها اذا خرج على نية ان لا يعود وقال ايضا هذا اذا كان الحالف كدخدايا واما اذا حلف رجل هو ساكن في عيال غيره او حلفت المراة بان لا تسكن في هذه الدار او كان ابنا كبيرا ساكنا مع ابيه حلف ان لا يسكن في هذه الدار فخرج بنفسه وترك قماشه قال لا يحنث عندي لان السكنى لا ينسب اليه اما اذا كان الرجل قواما على امرأته او على عياله فالسكنى منسوب اليه فاذا خرج وترك متاعه فيها فانه يحنث الا ان ياخذ في النقلة من ساعته ثم اختلفوا في كيفية النقل قال ابو حنيفة يشترط نقل الكل حتى لو بقي وتد يحنث في يمينه لان السكنى كانت ثابتة بالكل فلا تنتقض ما بقي شيء للشك ونقل صاحب الاجناس عن نوادر ابي يوسف رواية علي بن الجعد وان ترك فيها ابرة ومسلة حنث وقال ابو يوسف يشترط نقل الاكثر لانه اذا نقل الاكثر لا يسمى ساكنا ولان في نقل الكل تعذرا وقال محمد يشترط نقل ما يقوم به كدخدائيته لان ما عدا ذلك لا يعد من السكنى قالوا في شروح الجامع الصغير وهذا احسن والفقيه ابو الليث اخذ في شرح الجامع الصغير بقول ابي حنيفة ولا خلاف في ان الاهل يشترط نقل كلهم ثم انه اذا انتقل الى منزل اخر ثم لا ناحية لا يحنث لان قدر ما لم يمكن الامتناع عنه مستثنى عن اليمين وقال في خلاصة الفتاوي لو تحقق العذر باللص وغيره فهو معذور ونقل في الاجناس عن الهاروني ان اخذ في الاهبة للخروج فشغله عن النقلة تطلب الدابة او من يحمل متاعه لا يحنث وقال في الفتاوى الولوالجي ولو خرج في طلب منزل من ساعته وخلف متاعه لم يحنث لان الطلب من عمل النقل ولو اخذ في النقلة شيئا شيئا فان كانت النقلات لم تفتر لم يحنث لانه في النقل فان كان يمكنه ان يستاجر من ينقل متاعه في يوم فليس عليه ذلك ولا يلزمه النقل باسرع الوجوه بل بقدر ما يسمى ناقلا في العرف فان انتقل الى السكة او المسجد قالوا يحنث واستدلوا بما ذكر في الزيادات في كوفي انتقل باهله ومتاعه الى مكة ليستوطنها فلما دخلها بدا له ان يعود الى خراسان فعاد ومر بالكوفة قال يصلي بها ركعتين لان وطنه بها انقطع وان بدا له قبل ان يدخلها فانه اذا مر بالكوفة صلى بها اربعا لانه لما لم يتخذ وطنا يبقى وطنه بالكوفة فكذلك ههنا لما لم يتخذ وطنا اخر يبقى وطنه الاول ونقل في خلاصة الفتاوي عن النوازل لو حلف لا يسكن هذه الدار فوجد بابا مغلقا بحيث لا يمكنه الفتح فلم يمكنه الخروج يحنث هذا جواب النوازل وقد قيل ولو قيد الحالف فلم يمكنه الخروج لا يحنث فكذا واحد او عن ابي يوسف لو قال الرجل لامرأته ان سكنت هذه الدار فانت طالق وباب الدار مغلق وللدار حافظ فهي معذورة حتى يفتح الباب وليس عليها ان تتسور الحائط قال الفقيه ابو الليث وبه ناخذ قال الصدر الشهيد في الفتاوي فرق بين هذا وبين ما اذا قال ان لم اخرج من هذا المنزل اليوم فامرأته طالق فقيد ومنع من الخروج فانه يحنث وفي فتاوى قاضي خان ولو قال ان لم اخرج من هذه الدار اليوم فامرأته طالق فقيد الحالف ومنع من الخروج ايا ما قال الشيخ ابو بكر محمد بن الفضل يحنث الحالف وهو الصحيح بخلاف ما اذا حلف لا يسكن هذه الدار فقيد ومنع من الخروج فانه لا يحنث والفرق ان في قوله ان لم اخرج شرط الحنث عدم الخروج وقد تحقق واما في مسئلة السكنى فشرط الحنث السكنى وانه فعل والفعل اذا كان مكرها في الفعل لا يبقى الفعل اليه هذا كله من الخلاصة **قوله** ثم قال ابو حنيفة عطف على قوله حنث بعد قوله ولم يرد الرجوع اليها والله اعلم

باب اليمين في الخروج والاتيان والركوب

ذكر باب الخروج بعد باب الدخول تحقيقا للمقابلة وذكر الاتيان والركوب في هذا الباب لانهما يتواردان بعد الخروج فناسب ذكرهما

عند ذكره **قوله** قال ومن حلف لا يخرج من المسجد فامر انسانا فحمله فاخرجه حنث ولفظ محمد في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل حلف ان لا يخرج من المسجد فامر انسانا فحمله فاخرجه من المسجد قال يحنث وان اخرج مجبرا مكرها لم يحنث وقيد المسجد اتفاقي لان الحكم في البيت والدار كذلك او بسبب عدم الخروج الى المسجد بناء على غالب حال المسلم لانه في الغالب يكون ملازما له ولا يخرج منه وانما حنث في صورة الامر لان فعل المامور اضيف الى الامر فصار كانه فعل الامر حكما لامره ورضاه فصار كما اذا اخرج راكبا بخلاف ما اذا اخرج مكرها حيث لا يحنث لانه اخرج ولم يخرج فلم يوجد شرط الحنث اما اذا احمل فرضي به بقلبه ولم يامر بجوابه لم يذكر في الجامع الصغير قال في شرح الطحاوي اختلف فيه قال بعضهم يحنث كما اذا اخرج طايعا لانه لما كان متمكنا من الامتناع فلم يمتنع صار كالامر بالاخراج وقال بعضهم لا يحنث لانه لم يوجد فعل ينسب اليه ولهذا كان يقول الفقيه ابو جعفر وهكذا روي عن ابي يوسف في الامالي وقال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير اشار في الاصل الى انه لا يحنث حتى يامر به لان حاجتنا الى اثبات الفعل وبالرضا لا يثبت الفعل وانما ينتقل اليه بالامر قالوا صورة المسئلة في الاكراه ان يخرج محمولا اما اذا خرج هو بنفسه خوفا من التهديد يحنث لوجود الفعل منه كما اذا حلف لا ياكل هذا الطعام فاكل مكرها حنث وان اوجر في حلقه او صب مكرها وقد حلف ان لا يشرب لم يحنث ثم صورة الحمل مكرها لا يحنث بالاتفاق ولكن هل ينحل اليمين ام لا فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم ينحل وعليه السيد ابو شجاع فقال سئل شيخنا شمس الائمة الحلواني عن هذا فقال ينحل اليمين وقال بعضهم لا ينحل وهو الصحيح كذا قال التمرتاشي وغيره **قوله** في الصحيح اي في القول الصحيح احترازا عن قول بعض المشايخ وقد مر ذكره **قوله** ولو حلف لا يخرج من داره الا الى جنازة فخرج اليها ثم اتى حاجة اخرى لم يحنث وهذه من المسايل المعادة في الجامع الصغير وذلك لانه وقت الخروج الى جنازة لم يحنث لانه خروج مستثنى من اليمين فبعد ذلك لم يوجد منه خروج اخر بالاتيان الى حاجة اخرى لان الخروج انفصال من الداخل الى الخارج والانفصال لا يتعدد فلا يحنث ما لم يوجد منه خروج اخر لحاجة اخرى **قوله** لان الموجود اي الخروج الموجود بعد ذلك بعد الخروج المستثنى **قوله** ولو حلف لا يخرج الى مكة فخرج يريدها ثم رجع حنث ولفظ الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في الرجل يقول ان خرجت الى مكة فعبدي حر فخرج من مصره يريد مكة ثم رجع قال حنث ولو قال ان اتيت مكة فعبدي حر فهذا لا يحنث الا ان يدخل مكة وهي من الخواص فهنا ثلاث مسايل الخروج والاتيان والذهاب اما في الخروج فانه يحنث بمجرد الانفصال من مصره على قصد مكة لان الخروج عبارة عن الانفصال لا عن الوصول فاذا وجد الخروج فقد تحقق شرط الحنث الا ترى الى قوله تعالى ومن يخرج من بيته مهاجرا الى الله ورسوله ثم يدركه الموت وانما المراد منه الذي ادركه الموت قبل الوصول واما في الاتيان فانه لا يحنث ما لم يأته الى مكة فان الاتيان عبارة عن الوصول قال الله تعالى فاتياه فقولا واما الذهاب لم يذكر جوابه في الجامع الصغير وقد اختلف المشايخ فيه وقال بعضهم انه بمنزلة الاتيان وهو قول نصير بن يحيى وقال بعضهم بمنزلة الخروج وهو قول محمد بن سلمة وقد استعمل الذهاب في الامرين جميعا قال تعالى اذهبا الى فرعون انه طغى فقولا له وهو

يعني الاتيان وقال تعالى فاذهبا باياتنا انا معكم مستمعون وذلك يعني الاقبال عليه فاذا احتمل الامرين وجب ان ينوي فيه فان لم ينو قال فخر الاسلام البزدوي والاشبه عندنا ان يحمل على معنى الخروج قال تعالى انما يريد الله ليذهب عنكم الرجس اهل البيت اي ليزيله فلما كان الاذهاب الازالة كان الذهاب الزوال والانفصال وبالله التوفيق **قوله** وان حلف ليأتين البصرة فلم يأتها حتى مات حنث في اخر جزء من اجزاء حياته وهذا لفظ القدوري في مختصره واصل هذا ان الحالف في اليمين المطلقة لا يحنث ما دام الحالف والمحلوف عليه قائمين لتصور البر فاذا فات احدهما فحينئذ يحنث لفوات البر وهنا في مسئلتنا اليمين مطلقة عن الوقت فما دام الحالف حيا يرجى وجود البر وهو الاتيان فلا يحنث فاذا مات فقد تعذر شرط البر وتحقق شرط الحنث وهو ترك الاتيان فيحنث في اخر جزء من اجزاء حياته بخلاف اليمين الموقتة مثل ان يقول ان لم ادخل هذه الدار اليوم فعبدي حر فان اليمين يتعلق باخر الوقت حتى اذا مات الحالف قبل خروج الوقت ولم يدخل الدار لا يحنث اما اذا فات الوقت قبل دخوله وهو حي يحنث ويعتق العبد **قوله** قبل ذلك اي قبل الموت **قوله** ولو حلف ليأتينه غدا ان استطاع فهذا على استطاعة الصحة دون القدرة وهذا لفظ القدوري في مختصره وقال في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل يقول امراتي طالق ان لم اتك غدا ان استطعت قال هذا على مرض يمنعه او سلطان او شبه ذلك فان نوى به استطاعة القضاء من السماء دين فيما بينه وبين الله تعالى وزاد في بعض النسخ انه يدين في القضاء ايضا اعلم اولا ان الاستطاعة على قسمين احدهما استطاعة الحال والمراد بها سلامة الالات وصحة الاسباب وحدها التهيؤ لتنفيذ الفعل عن ارادة المختار والثاني استطاعة الفعل والمراد بها القدرة التي يحصل بها الفعل ولا تسبق الفعل وهي عرض يخلقها الله تعالى مع الفعل معا وهي علة للفعل عندنا وزعمت المعتزلة انها سابقة على الفعل واليه ذهب اكثر الكرامية ويعرف ذلك في الكلام والدليل على انقسامها الى قسمين قول الله تعالى فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا والمراد منها سلامة الالات وصحة الاسباب لانه لا يتصور وجود القدرة التي بها يحصل صوم شهرين قبل الشروع فيه فعلم ان المراد منها استطاعة الحال وكذا قول الله تعالى وسيحلفون بالله لو استطعنا لخرجنا معكم يهلكون انفسهم والله يعلم انهم لكاذبون والمراد منها استطاعة الحال لانه تعالى عيّر اهل النفاق على نفي الاستطاعة على فعل الجهاد وكذبهم لانه كان لهم سلامة الالات وصحة الاسباب فلو كان المراد استطاعة الفعل لم يكذبهم على نفيها لانها لا توجد قبل فعل الجهاد وكانوا صادقين وكذا قوله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا المراد منها استطاعة الالات وكذا قوله تعالى ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا وقد فسر رسول الله صلى الله عليه وسلم الاستطاعة بالزاد والراحلة وهذه الايات دلت على وجود استطاعة الحال واما استطاعة الفعل فدليل وجودها قوله تعالى ما كانوا يستطيعون السمع وقول صاحب موسى لموسى عليهما السلام قال انك لن تستطيع معي صبرا وقوله الم اقل انك لن تستطيع معي صبرا وذلك لان الانسان انما يذم ويلام اذا امتنع منه الفعل مع وجود سلامة الالات وصحة الاسباب لتضييعه قدرة الفعل باشتغاله بغير ما امر به ولا يلام على عدم الالات لانه فيه مجبور فلما عرفت هذا قلنا

اذا لم يكن له نية يراد بها استطاعة الحال وهي سلامة الالات وصحة الاسباب حتى
اذا امتنع من الاتيان لعذر مرض او منع سلطان ونحو ذلك لا يحنث لانه ليس يستطيع
واذا امتنع بلا عذر يحنث لانه مستطيع وهذا لان الغالب في كلام الناس هذه الاستطاعة
لا استطاعة الفعل فيحمل المطلق على المتعارف اما اذا نوى استطاعة الفعل يصدق
ديانة لانها ما يطلق عليه اسم الاستطاعة بالنصوص حتى اذا امتنع من الاتيان بعذر او بغير
عذر لا يحنث في يمينه لان الاستطاعة لم توجد لانها لا تسبق الفعل فهل يصدق في قضائه
اختلاف الرواية قال الشيخ ابو نصر قال الطحاوي يصدق في القضا وقال الشيخ ابو بكر
الرازي يجب ان لا يصدق في القضا لانه صرف الكلام عن ظاهره وفيه تخفيف له وجه
الاول انه نوى حقيقة ما تكلم به فيصدق وان كان فيه تخفيف وقوله من السما قال فخر
الاسلام انما يراد به علو شانه لا الاشارة الى المكان وقول القدوري فهذا على استطاعة
الصحة دون القدرة وقد اراد بالاول استطاعة الحال وبالثاني استطاعة الفعل لنا فيه نظر لان
المقصود من قوله دون القدرة دون استطاعة القدرة فكانه قال دون قدرة القدرة لان الاستطا
والقدرة من الالفاظ المترادفة وهي عبارة ركيكة فلو قال دون الفعل مكان دون القدرة كان
اولى فلعله سهو من الكاتب صحف القدر بالقدرة او كتب القدرة مكانه وهذا لان استطاعة
الفعل يسمى استطاعة القضا والقدر لان الله تعالى اذا قضى وجود الفعل من العبد يخلق
قدرة مقارنة مع الفعل فسميت استطاعة القضا والقدر **قوله** فعند الاطلاق ينصرف
اليه اي عند اطلاق الاستطاعة ينصرف اسم الاستطاعة الى المتعارف وهو استطاعة
الالات **قوله** ويعمل نية الاول اراد به استطاعة الفعل **قوله** لما بينا اشارة الى
قوله لانه حقيقة كلامه **قوله** ومن حلف لا تخرج امرأته الا باذنه فاذن لها مرة فخرجت
ثم خرجت مرة اخرى بغير اذنه حنث ولا بد من الاذن في كل خروج وهذا لفظ القدوري في
مختصره وقال الشافعي لا يحنث قال الحاكم الشهيد واذا حلف على امرأته بالطلاق ان لا تخرج
من الدار حتى ياذن لها او الا ان ياذن لها فخرجت مرة باذنه ومرة بغير اذنه لم يحنث وان
قال الا باذني حنث وان كان نوى اذنا مرة لم يحنث هذا لفظه رحمه الله اعلم ان هنا ثلاثة
الفاظ احدها ان يذكر حرف البا مثل ان يقول الا باذني او برضاي او بعلمي او بامري او بغير
اذني او بغير رضاي والثاني ان يذكر بكلمة حتى بان يقول حتى اذن لك او حتى
ارضى والثالث ان يقول بكلمة الا مثل قوله الا ان اذن لك او الا ان ارضى ففي الاول وهو
قوله ان خرجت الا باذني فانت طالق يشترط الاذن في كل مرة حتى اذا خرجت مرة بالاذن
ثم خرجت بعد ذلك بغير الاذن يقع عليها الطلاق وذلك لان البا للالصاق فيقتضي ملصقا
وملصقا به فيكون تقدير قوله الا باذني الا خروجا ملصقا باذني فيكون الخروج الملصق
بالاذن مستثنى عن اليمين فلا يكون داخلا تحت اليمين فاذا وجد الخروج المأذون لا يحنث
اما اذا خرجت بعد ذلك بغير اذن يحنث لانه ليس بمستثنى واليمين باقية لانه نهاها
عن الخروج عاما لوقوع النكرة في موضع النفي ثم لو اراد الزوج ان لا يحنث بخروجها كل مرة
فالحيلة فيه ان يقول كلما شئت الخروج فقد اذنت لك او كلما خرجت فقد اذنت فان
نهاها بعد الاذن العام يعمل نهيه عند محمد رحمه الله ويبطل اذنه حتى لو خرجت بعد
اذنه يحنث لان الاذن مرة يرتفع بالنهي فكذا الاذن في كل مرة يرتفع بالنهي وعند ابي يوسف

لا يعمل

لا يعمل نهيه لان بعد الاذن العام لا يتصور الحنث فلا يبقى اليمين فلا يعمل النهي وفي الثاني
وهو قوله حتى اذن لك يرتفع اليمين بالاذن مرة حتى اذا اذن لها بالخروج
فخرجت ثم نهاها فخرجت بدون الاذن لا يحنث وذلك لان كلمة حتى للغاية كقوله
تعالى حتى مطلع الفجر يعني الى فيكون تقدير كلامه حتى ان اذن لك بالاضمار اي الى
ان اذن يعني الى اذني فاذا كان كذلك كان اذن الزوج غاية لحظر الزوج عن الخروج
والمضروب له الغاية ينتهي عند وجود الغاية وهنا الغاية الاذن فينتهي اليمين به فلا
يبقى الخروج بعد ذلك محظورا وفي الثالث وهو قوله الا ان اذن لك يسقط اليمين بالاذن
مرة كما في حتى اذن لك قال الشيخ ابو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير قال الفرا الجواب
فيه كالجواب في قوله الا باذني وجه قوله ان الا كلمة استثنا فلا بد من المستثنى والمستثنى
منه وان مع المضارع في تاويل المصدر فيكون تقدير الكلام ان خرجت خروجا الا خروجا
اذني وذلك ليس بمستقيم فلا بد من ادراج البا ليصح الكلام واسقاط البا سائغ تخفيفا في
التقدير كما روي عن رؤبة انه قيل له كيف اصبحت فقال خير اي بخير وتالله
في القسم ويراد بالله الا ترى الى قوله تعالى لا تدخلوا بيوت النبي الا ان يؤذن لكم اي
بالاذن لكم ولهذا كان يحتاج فيه الى الاذن في كل مرة فكذا فيما نحن فيه ولنا ان هذا
الكلام لما لم يكن صحيحا بنفسه فاحتيج الى تصحيحه جعل الا بمعنى حتى والى فكانه قال
حتى اذن او الى ان اذن لان في تصيير الاذن غاية يرتفع به اليمين وهذا لان كلمة الا
للاستثنا والمستثنى منه ينتهي عند كلمة الاستثنا وعند المستثنى فيصير الا في معنى
الغاية فاقيمت مقام كلمة الغاية لتصحيح الكلام كقوله تعالى لا يزال بنيانهم الذي بنوا
ريبة في قلوبهم الا ان تقطع قلوبهم اي الى ان تقطع قلوبهم اي الى وقت تقطع قلوبهم
وهو حالة الموت وهذا اولى مما قاله الفرا لانا نجعل الكلمة مقام كلمة اخرى
لوجود معناها فيها وهو تجوز والتغيير تصرف في الوصف والفرا يصحح الكلام
بطريق الاضمار اثبات في اصل الكلام والتصرف في الوصف بالتغيير اولى
من اثبات الاصل وفي قوله الا ان يؤذن لكم انما اشترط الاذن في كل مرة
لا بقضية اللفظ بل لمعنى اخر وهو ان دخول ملك الغير بلا اذن حرام الا ترى
الى قوله تعالى في اخر الاية ان ذلكم كان يؤذي النبي ومعنى الايذا موجود في
كل ساعة فشرط الاذن في كل مرة قال الحاكم في مختصره الكافي وان
حلف لا تخرج الا باذنه فاذن لها من حيث لم تسمع لم يكن اذنا في قول ابي حنيفة
ومحمد وقال ابو يوسف هذا اذن لانه لا فصل بين اذن مسموع وغير مسموع ولهما
ان الاذن انما يكون اذنا لكونه معلما او لوقوعه في الاذن فلم يوجد **قوله**
وما وراه اي ما وراء خروج مقرون بالاذن في الحظر اي في المنع **قوله**
ولو نوى الاذن مرة يصدق ديانة لا قضاء لانه محتمل كلامه لكنه خلاف
الظاهر وهذا الذي ذكره صاحب الهداية انه لا يصدق قضاء في رواية
هشام عن ابي يوسف كذا ذكر صاحب الاجناس وانما الظاهر انه يصدق
في القضا انه نوى مرة واحدة كذا نقل صاحب الاجناس عن ابان الاصل
ولذا اطلق الحاكم في الرواية حيث قال وان نوى اذنا مرة لم يحنث وكذا قال

صاحب الشامل في قسم المبسوط ولو نوى في قوله الا باذني الاذن مرة يصدق لانه يحتمل ذلك اذ
ليس في اللفظ ما يقتضي التكرار قوله لان هذه اي الا قوله به اي بالاذن مرة قوله
ولو ارادت المراة الخروج فقال ان خرجت فانت طالق فجلست ثم خرجت لم يحنث وهذه من خواص الجامع
الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في المراة تذهب لتخرج ه
فيقول لها زوجها ان خرجت فانت طالق ثلاثا فتعود فتجلس ثم تخرج بعد ساعة قال لا
تطلق وكذلك الرجل يريد ان يضرب عبده فيذهب ليضربه فقال له رجل ان ضربته فعبدي حر
فتركه ثم ضربه لم يحنث وكذلك الرجل يقول لاخر اجلس فتغد فيقول ان تغديت فعبدي حر ثم
ياتي اهله في ذلك اليوم فيتغدى عندهم لم يحنث انما اليمين في ذلك على الفور واعلم بان اليمين في المتعارف
على ثلاثة اوجه يمين مؤبدة وهي ان يحلف على ان لا يفعل كذا ولم يكن لليمين سبب قائم ويمين موقتة
وهي ان يحلف على ان لا يفعل كذا اليوم او هذا الشهر او هذه السنة ويمين الفور اي الحال وهي كل
يمين خرجت جوابا للكلام او بناء على امر فتتقيد بذلك لدلالة الحال ولا يحنث في يمينه استحسانا ه
خلافا لزفر وخلاف زفر مذكور في التحفة اما في مسئلة الغدا فانما لم يحنث لان كلامه خرج جوابا
والجواب يتضمن اعادة ما في السؤال فصار كانه قال ان تغديت الغدا الذي دعوتني اليه فانصرف
يمينه الى ذلك الغدا بدلالة الحال واما في مسئلة الخروج والضرب فكذلك لان قصد الزوج الى
منعها من الخروج الذي تهيات هي له فصار كانه قال لها ان خرجت هذه الخرجة فتتقيد اليمين
بتلك الخرجة وكذا قصد الرجل ان يمنع مولى العبد عن الضرب الذي تهيا له فكانه قال ان ضربت
هذه الضربة التي تهيات لها فتتقيد اليمين بتلك الضربة بدلالة الحال عرفا ومبنى الايمان على
العرف ويقال يمين الفور وابو حنيفة اظهرها لم يسبقه احد قبله وكانوا يعرفون اليمين المؤبدة
والموقتة فاستخرج هو هذه اليمين وهي مؤبدة لفظا موقتة معنى والفور مصدر فارت القدر
اذا غلت فاستعير للسرعة ثم سميت الحالة التي لا لبث فيها به فقيل جاء فلان وخرج من فوره اي من ساعته
ثم تفسير الغدا يجيء بيانه ان شاء الله تعالى في باب اليمين في الاكل والشرب عند قوله واذا حلف
لا يتغدى قوله عليه اي على العرف قوله بخلاف ما اذا قال ان تغديت اليوم لانه زاد على
حرف الجواب فيجعل مبتدا يعني اذا قال ان تغديت اليوم لا ينصرف كلامه الى الغدا المدعو اليه
فلا يتقيد يمينه بذلك ولا يجعل في كلامه بانيا على سؤال الرجل بل يجعل مبتديا في الكلام تحرزا
عن الغاء الزيادة التي تكلم بها قال صاحب التقويم متى جعلناها جوابا لغت الزيادة فجعلناها
ابتداء لتصير معمولا بها وصار الغاء الحال اولى من الغاء الكلمة في نفسها لان السبب ساكت عن ايجاب
الغض عليه والزيادة ناطقة بالعمل بها بلا تخصيص واراد بحرف الجواب وجهه قوله
ومن حلف لا يركب دابة فلان فركب دابة عبد له ماذون له مديون او غير مديون لم يحنث عند
ابي حنيفة رضي الله عنه وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة ولفظ الجامع الصغير محمد عن
يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه فيمن حلف لا يركب دابة فلان فركب دابة لعبده قال لا يحنث
ان كان عليه دين او لم يكن وقال محمد يحنث في الوجهين قال فخر الاسلام البزدوي ولم يشرح محمد هذه
المسئلة ولم يشرحها ثم قال اما عند ابي حنيفة فان كان عليه دين مستغرق لم يحنث وان نواه لانه
لا حق لفلان فيه وان لم يكن عليه دين او لم يكن مستغرقا لم يحنث حتى ينويه فان نواه حنث وقال
ابو يوسف في الاحوال كلها لا يحنث حتى ينوي فان نواه حنث بكل حال وقال محمد يحنث بكل حال
وان لم ينوه هذا لفظه رحمه الله وجه قول محمد رحمه الله ان العبد لا ملك له فيكون كسبه ملكا

لمولاه

لمولاه فيحنث الا ترى الى قوله تعالى ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شيء وقول الشافعي ره
كقول محمد ذكر خلافه كذلك في شرح الاقطع ووجه قول ابي يوسف ان كسب العبد وان كان للمولى
حقيقة لكنه يضاف الى العبد عرفا بدليل قوله عليه السلام من باع عبدا وله مال فهو
للبائع فلا يتناوله مطلق اليمين لان دابة عبد فلان ليست بدابة فلان مطلقا بخلاف ما
اذا نوى لان دابة العبد دابة مولاه حقيقة فيصح ارادة الحقيقة فيحنث ولابي حنيفة رضي
الله عنه ما قال ابو يوسف رحمه الله ان دابة العبد ليست بدابة مولاه مطلقا فلا يحنث بدون
النية الا انه اذا كان على العبد دين مستغرق لا يحنث وان نوى لان دين العبد الماذون اذا كان
مستغرقا يمنع ملك المولى فيشترط فراغه عن الدين وان ركب دابة مكاتب فلان لم يحنث بالاتفاق
نص عليه الحاكم قوله الا انه اذا كان عليه دين مستغرق لا يحنث وان نوى وهذا استثناء من
مقدر غير ملفوظ لانه قال لم يحنث وقدر فيه قوله اذا لم ينو يعني لا يحنث بركوب دابة العبد
الماذون سواء كان عليه دين او لم يكن اذا لم ينو وان نوى حنث الا انه اذا كان عليه دين مستغرق
لا يحنث وان نوى ركوب دابة العبد لانه لا ملك للمولى فيه عنده اي في العبد الذي استغرق دينه
كسبه عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقوله مستغرق بكسر الراء قوله من باع عبدا وله مال الحديث
تمامه فهو للبائع كذا ذكر فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير قوله وقال ابو يوسف في الوجوه ه
كلها اي فيما اذا لم يكن عليه دين او كان عليه دين مستغرق او غير مستغرق قوله وقال محمد يحنث
اي في الوجوه كلها سواء كان عليه دين او لا وسواء كان الدين مستغرقا او لم يكن وسواء نوى او لم ينو
قوله عندهما اي عند ابي يوسف ومحمد وهنا مسائل في مختصر الكافي نذكرها تتميما للفائدة قال
واذا حلف الرجل لا يركب دابة فركب حمارا او فرسا او برذونا او بغلا حنث وكذا اذا ركب غيرها
من الدواب في القياس ولكني ادع القياس ولا احنثه في غيرها ولو ركب بعيرا لم يحنث الا ان ينويه
وان عنى بذلك الخيل وحده لم يدين في الحكم وقال لا اركب ولم يقل دابة ونوى الخيل وحدها
لم يدين في شيء واسم الفرس على جنسه واسم البرذون على جنسه واسم الخيل جامع قال في الشامل ه
الفرس اسم للعربي والبرذون للعجمي فاما الخيل فاسم للكل وقال الحاكم ايضا في الكافي وان حلف لا يركب دابة
فحمل عليها مكرها لم يحنث وان حلف لا يركب مركبا ولا نية له فركب سفينة او محملا او دابة حنث وليس من
هذا شيء الا وهو مركب وهذا اخر الدفتر الخامس من شرحنا المسمى بغاية البيان العبد الضعيف
امير كاتب بن امير عمر المدعو بقوام الفارابي الاتقاني تصنيفا في عشرين يوما من شهر ربيع الاخر سنة
خمس وثلاثين وسبعمايه ويتلوه في الدفتر السادس باب اليمين في الاكل والشرب ان شاء الله تعالى وصلى الله على
سيدنا محمد وعلى اله وصحبه وسلم صلاة وسلاما بدوام الى يوم الدين وان تجد
عيبا فسد الخللا جل من لا فيه عيب وعلا والحمد لله على نعمة الاسلام ولا حول
ولا قوة الا بالله العلي العظيم تم الجزء المبارك بحمد الله تعالى وعونه
وحسن توفيقه على يد العبد الفقير الحقير الذليل
المنكسر خاطره لقلة العمل والتقوى علي بن احمد
بن حسن الطوخي بلدا المالكي مذهبا غفر الله
له ولمشايخه ولجميع المسلمين وصلى الله
على سيدنا محمد خاتم النبيين
والمرسلين وعلى
اله وصحبه وسلم
امين امين
امين

[illegible]

الجلد الثالث من غاية البيان

تملكه العبد الفقير إلى ربه القدير محمد بن عبد الحليم البروسوي
عفا عنهما ربهما العفو الغني

والابتلاع فلا يتبع القليل الكثير لان كل واحد منهما مقصود بخلاف الشرا فانه لا يحنث بالمذنب
لان الشرا يصادف المجموع جملة فصار القليل تابعا للكثير ولهذا اذا حلف لا يشتري رطبا فاشترى
كباسة بسر فيها رطب لا يحنث لما قلنا الا ترى الى ما نص الحاكم الشهيد في الكافي اذا حلف لا ياكل شعيرا
فاكل حنطة فيها شعير حبة حبة حنث وان حلف على الشرا لم يحنث والكباسة بكسر الكاف العذق
وهو القنو والقنا ايضا ويقال لعود العذق وهو عود الكباسة العرجون والاهان كذا ذكره ابو
عبيد في غريب المصنف **قوله** لما قلنا اشارة الى ان الشرا يصادف الجملة والاكل يصادفه شيئا
شيئا **قوله** ولو حلف لا ياكل لحما فاكل لحم السمك لا يحنث والقياس ان يحنث وهذه من مسائل الجامع
الصغير المعادة التي فيها فائدة وهي ذكر القياس وجه القياس قوله تعالى ومن كل تاكلون لحما
طريا والمراد منه لحم السمك بالنقل قال في شرح الطحاوي وروي عن ابي يوسف انه قال يحنث
ووجه الاستحسان ان المطلق يجري على اطلاقه ولحم السمك مقيد فلا يكون مرادا بالمطلق الا
ترى انه يقال في العرف ما اكلت اللحم اليوم وان كان اكل لحم السمك ولهذا اذا امر المولى عبده
بشرا اللحم لا يفهم منه شرا لحم السمك عرفا ومبنى الايمان على العرف لا على لفظ القران ولهذا اذا
حلف لا يركب دابة فركب كافرا لا يحنث وان كان سمي في القران دابة ولو حلف لا يجلس على وتد
فجلس على الجبل لا يحنث وان كان قال الله تعالى والجبال اوتادا ولان لحم السمك قاصر في اللحمية لان
اللحم يدل على القوة في اللغة وقوته بان يكون ناشيا من الدم ولا دم للسمك ولهذا احل من غير
ذكاة فلا يكون مرادا باطلاق لفظ اللحم كالمكاتب لا يتناوله لفظ المملوك والنباش لا يتناوله
لفظ السارق وهذا كله اذا لم ينو بدليل ما قال الحاكم الشهيد في الكافي وان حلف لا ياكل لحما
ولا نية له فاكل سمكا طريا او مالحا لم يحنث الا ان يعنيه وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع
الصغير ذكر ان رجلا سال سفيان الثوري عن هذه المسالة فقال له سفيان يحنث في يمينه لان
الله تعالى قال لتاكلوا منه لحما طريا فسماه لحما فذهب الرجل الى ابي حنيفة فقال لا يحنث واخبر
الرجل بما قال له سفيان فقال له ابو حنيفة اذهب اليه واساله عمن حلف ان لا يجلس على
البساط فجلس على الارض فذهب الرجل فساله عن ذلك فقال له سفيان لا يحنث فقال له
اليس الله قال والله جعل لكم الارض بساطا فقال له سفيان كانك السايل الذي سالني امس
فقال نعم فقال سفيان لا يحنث في هذا ولا في الاول فرجع عن ذلك القول **قوله** وان اكل لحم
خنزير او لحم انسان حنث وذلك لانه لحم حقيقة الا انه حرام والحرام لا يمنع انعقاد اليمين
الا ترى انه لو حلف لا يشرب شرابا فشرب الخمر يحنث قال قلت
فذلك قيل هذا ان مبنى الايمان على العرف ولا يسبق اوهام الناس من لفظ اللحم الى لحم الخنزير
والانسان فينبغي ان لا يحنث قلت ان الناظر لو نظر
الى لحم الخنزير او الانسان سماه لحما على الاطلاق بخلاف لحم السمك فانه لا يسمى لحما على الاطلاق
فظهر الفرق على انا نقول قال الامام العتابي في شرح الجامع الصغير في لحم الخنزير والادمي
قيل الحالف اذا كان مسلما ينبغي ان لا يحنث لان اكله ليس بمتعارف ومبنى الايمان على العرف
ثم قال وهو الصحيح **قوله** وكذا اذا اكل كبدا او كرشا يعني اذا حلف لا ياكل لحما فاكل كبدا
او كرشا يحنث وذلك لانه لحم حقيقة لان منشاه من الدم قال في خلاصة الفتاوى ولو اكل
شيئا من البطون كالكبد والطحال يحنث هذا في عرف اهل الكوفة وفي عرفنا لا يحنث **قوله**
ولو حلف لا ياكل او لا يشتري شحما لم يحنث الا في شحم البطن عند ابي حنيفة وقالا يحنث في شحم

الظهر ايضا وهو اللحم السمين وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة وجه قولهما ان شحم الظهر
شحم عادة وحقيقة فيحنث باكله اما عادة فلانه يذوب بالنار كشحم البطن فعلم انه ليس بلحم لان
اللحم لا يذوب وما وقع في خاطري في هذا المقام ان شحم الظهر لا يخلو اما ان يكون الية او
لحما او شحما فليس بالية لانه لا يقابل به وليس بلحم لانه يذوب دون اللحم وايضا يقال له
شحم الظهر لا لحم الظهر فتعين انه شحم فيحنث اكله واما حقيقة فلان الله تعالى سماه شحما وقال
ومن البقر والغنم حرمنا عليهم شحومهما الا ما حملت ظهورهما وجه الاستدلال انه تعالى استثنى
ما حملت الظهور من الشحوم فيكون شحم الظهر شحما لان الاصل في الاستثنا هو المتصل وهو ان
يكون المستثنى من جنس المستثنى منه فمن ادعى المنقطع فعليه البيان ووجه قول ابي حنيفة
رضي الله عنه ان شحم الظهر يسمى لحما في العادة ويستعمل استعماله حتى يباع مع اللحم ومرقته
تسمى مرقة اللحم فلم يكن شحما مطلقا فلا يحنث اكله كما اذا حلف لا ياكل لحما فاكل لحم السمك ولهذا
اذا حلف لا ياكل لحما فاكل السمين الذي على الظهر يحنث والمسالة منصوصة في الكافي للحاكم ولا
يعتبر تسميته شحما مع اعتباره لحما فعلى هذا يكون الاستثنا منقطعا لا متصلا كقوله تعالى فانهم عدو
لي الا رب العالمين قال صاحب المختلف تكلموا في تفسير شحم الظهر وقال بعضهم هو اللحم السمين الذي
على الظهر وقال بعضهم هو شحم الكلية الذي هو متصل بالظهر ثم قال وقول ابي حنيفة على التفسير
الاول اظهر **قوله** وعصل به قوته اي عصل بشحم الظهر قوة اللحم يعني يفيد شحم الظهر ما
يفيده اللحم من القوة **قوله** ولو حلف لا يشتري او لا ياكل لحما او شحما فاشترى الية او اكلها لم
يحنث يعني حلف لا يشتري لحما او حلف لا يشتري شحما او حلف لا ياكل لحما او حلف لا ياكل شحما
لا يحنث بشرا الالية او اكلها لان الالية غير اللحم والشحم اسما وعادة **قوله** ومن حلف لا ياكل
هذه الحنطة لم يحنث حتى يقضمها ولو اكل من خبزها لم يحنث وهذا عند ابي حنيفة وقالا
ان اكل من خبزها حنث ايضا وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة التي فيها فائدة
وهي قوله ايضا لانه لم يذكر في الاصل وفيه اشارة الى انه اذا قضمها حنث بالاتفاق كذا في شرح
الطحاوي وهذا اذا لم ينو الحب بعينه فاذا نواه لا يحنث باكل الخبز عندهما ايضا وعليه نص
الحاكم الشهيد في الكافي وقال شيخ الاسلام خواهر زاده في شرح كتاب الايمان انما وضع
المسالة في الحنطة المعينة لانه اذا عقد يمينه على حنطة لا بعينها ينبغي ان يكون الجواب
على قول ابي حنيفة كالجواب عندهما فاما اذا اكل الحب بعينه لا يحنث باكل الخبز بالاتفاق لانه
نوى حقيقة كلامه فلا يراد المجاز والاصل في المسالة ان الكلام اذا كان له حقيقة
مستعملة ومجاز متعارف فعند ابي حنيفة رضي الله عنه العمل بالحقيقة المستعملة اولى وعندهما
العمل بعموم المجاز اولى وقد بيناه في كتابنا الموسوم بالتبيين لهما ان اكل الحنطة يراد به في
العرف ما يتخذ منه الحنطة وما يتخذ منها فيحنث كيف ما اكلها عينها او خبزها عملا بعموم
المجاز كما اذا حلف لا يضع قدمه في دار فلان يحنث اذا دخلها حافيا او راكبا ولابي حنيفة
رضي الله عنه ان اكل الحنطة عينها غليا وقليا مستعمل وهو حقيقة الكلام والحقيقة
احق بان يراد لسبقها على المجاز فلا يراد المجاز بعد ذلك حتى لا يلزم الجمع بين الحقيقة
والمجاز الا ترى انه اذا حلف لا ياكل من هذه الشاة لم يحنث باكل لبنها وسمنها وكذا اذا حلف
لا ياكل من هذا العنب لم يحنث باكل عصيره او زبيبه لان الحقيقة مستعملة فكذا هنا والقضم
الاكل باطراف الاسنان وهو من باب فعل يفعل بكسر العين في الماضي وفتحها في المستقبل

قوله هو الصحيح احترازا عن رواية اخرى عنهما وهي انه اذا اكل عين الحنطة لا يحنث والاصح
انه يحنث عندهما لا اشارة في جواب الجامع الصغير وقد مر بيانها قوله ولو حلف لا ياكل من هذا
الدقيق فاكل من خبزه حنث وهو لفظ القدوري في مختصره وقال الشافعي ان اكل من خبزه لم يحنث
وان استفه حنث كذا في شرح الاقطع لنا ان حقيقة الكلام مهجورة عادة لا يوكل الدقيق
كما هو فتعين المجاز مرادا وهو ما يتخذ منه كما اذا حلف لا ياكل من هذه النخلة حملت اليمين
على ما يتولد منها فكذا هنا وهذا اذا لم ينو عين الدقيق فان نوى لا يحنث باكل الخبز وبه صرح في
الشامل في قسم المبسوط قوله ولو استفه كما هو لا يحنث هو الصحيح احترازا عن قول بعض
المشايخ فانهم قالوا اذا اكل عين الدقيق يحنث لانه تناول ما عقد يمينه عليه والصحيح انه لا يحنث
لانه اريد به المجاز فتنتفي الحقيقة لا محالة قال في الفتاوى الولوالجي وان اكل عين الدقيق اختلف
المشايخ فيه اكثرهم قالوا انه لا يحنث لانه حقيقة مهجورة يقال سف الدواء يسفه سفا واستفه
استفافا اذا اكله قوله ولو حلف لا ياكل خبزا فيمينه على ما يعتاده اهل المصر اكله خبزا وهذا
لفظ القدوري في مختصره وذلك لان مبنى الايمان على العرف فاذا كان خبز الشعير او الذرة
معتادا عندطائفة يقع الحنث به عندهم والا فلا الا اذا نوى قال الحاكم الشهيد في الكافي فان
اكل خبز دنيا لم يحنث الا ان يكون نواه قوله ولو اكل من خبز القطايف او خبز الارز بالعراق
لم يحنث وهذا ايضا لفظ القدوري وذلك لان اسم الخبز على الاطلاق لا يتناوله عندهم فلا يقع
اليمين عليه حتى لو كان في بلدهم خبزهم ذلك يحنث كما في طبرستان وطبرستان اسم امل واعمالها
معرب من تبرستان لان اهلها يحاربون بالفاس هكذا قال بعضهم ولنا فيه نظر قال القتبي في
كتاب ادب الكاتب في باب ما يغير من اسما البلاد طبرستان بالفارسية معناه اخذ الفاس كانه
لا شبه لم يوصل اليه حتى قطع شجره وهذا احسن قوله ولو حلف لا ياكل الشوا فهو على اللحم دون
الباذنجان والجزر هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان الشوا عبارة عما ينضج في النار بلا
ماء وذلك موجود في اللحم وغيره الا ان في العرف لما اريد به اللحم وقعت يمينه عليه خاصة الا
اذا نوى غيره من الباذنجان المشوي والجزر المشوي والبيض المشوي وغير ذلك فحينئذ يحنث
به لانه نوى حقيقة كلامه وفيه تشديد عليه قوله وان حلف لا ياكل الطبيخ فهو على ما يطبخ
من اللحم وهذا لفظ القدوري في مختصره قال صاحب الهداية وهذا استحسان وقال صاحب
الشامل والطبيخ على اللحم خاصة استحسانا ما لم ينو غيره بيانه ان اللفظ العام اذا لم يمكن اجراؤه
على العموم يراد به اخص الخصوص وهنا لا يمكن اجراؤه على عمومه لان المطبوخ من الدوا
المسهل ايضا طبيخ لكنه لا يراد ذلك من اسم الطبيخ عرفا ولا يقال لمن اكل الباقلا المطبوخ اكل
الطبيخ وان كان طبيخا في الحقيقة فلما كان كذلك حمل على المطبوخ باللحم الذي هو خاص متعارف
الا اذا نوى غير ذلك فيصدق فيه لانه نوى حقيقة كلامه وان اكل من مرق اللحم يحنث ايضا
لانه يقال في العرف اكل الطبيخ وان لم ياكل اللحم قوله ومن حلف لا ياكل الروس فيمينه على ما
يكبس في التنانير ويباع في المصر هذا لفظ القدوري في مختصره وقال في الجامع الصغير فيمن
حلف لا يشتري راسا انه يقع على راس البقر والغنم وقال ابو يوسف ومحمد على راس الغنم خاصة
قال فخر الاسلام والقياس ان يقع على كل راس حتى راس السمك لعمومه وفي الاستحسان يقع
على المتعارف فهذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان وقد كان في زمن ابي
حنيفة يباع في الاسواق روس البقر والغنم وافتى لوقوع اليمين على روسهما على ما ثبت من عرف

بلده وكان في زمنهما لا يباع في السوق الا راس الغنم خاصة فافتيا بوقوع اليمين عليها خاصة
قال صاحب المختلف اجمعوا على انه لا يقع على راس الجزور لعدم العرف الا رواية عن ابي
حنيفة ولا على روس الطير الان بنوها وفي زمننا يفتى على اعتبار العادة كما ذكر في مختصر
القدوري ومعنى قوله يكبس في التنانير اي يدخل من قولهم كبس الرجل راسه في جيب قميصه
اذا ادخله كذا في المغرب ويقال يكنس اي بالنون على صيغة المبني للفاعل من كنس الظبي
في الكناس اذا دخل فيه والاول هو الصحيح قوله واذا حلف لا ياكل فاكهة فاكل
عنبا او رمانا او رطبا او قثا او خيارا لم يحنث وان اكل تفاحا او بطيخا او مشمشا حنث وهذا
عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد حنث في العنب والرطب والرمان ايضا وهذه من
مسائل الجامع الصغير المعادة اعلم انه اذا حلف لا ياكل فاكهة فاكل تينا او مشمشا او خوخا
او سفرجلا او اجاصا او كمثرى او تفاحا او جوزا او لوزا او فستقا او عنبا يابسا يحنث بالاجماع
سواء كان رطبا او يابسا ولو اكل خيارا او قثة او جزرا لا يحنث لانها من البقول ولهذا
يوضع معها والبطيخ من الفواكه كذا ذكره القدوري ويابس البطيخ لا يعد فاكهة كذا
ذكر فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير قال في خلاصة الفتاوى وذكر شمس الايمة الحلواني
ان البطيخ ليس من الفواكه ولو اكل عنبا او رمانا او رطبا لا يحنث عند ابي حنيفة
خلافا لصاحبيه والاصل ان الفاكهة اسم لما يتفكه به اي يتنعم ويتلذذ زيادة على ما يقوم
به قوام البدن لهما ان هذه الاشيا الثلاثة يتنعم بها فوق ما يتنعم بساير الفواكه فصارت
من اعز الفواكه ومبنى الايمان على العرف وفي عرف الناس يعتبر هذه الاشيا فواكه فيحنث
باكلها وجه قول ابي حنيفة رضي الله عنه ان المطلق لا يتناول المقيد بالاتفاق ثم التقييد
في الشي لاحد معنيين اما لقصور فيه او لزيادة وهذه الاشيا الثلاثة لزيادة معنى
فيها وهو ان يكون صالحا للغذا او الدوا اخرجت عن اطلاق الاسم الا ترى ان العنب والرطب
يصلحان غذا او دوا والرمان دوا اصلاح خصوصا للكبد يؤيده قوله تعالى فيهما فاكهة
ونخل ورمان بيانه ان الله تعالى عطف الفاكهة على العنب والنخل في الاية الاولى وعطف
النخل والرمان على الفاكهة في الاية الاخرى والعطف يقتضي المغايرة فان قلت
لا نسلم ان العطف يقتضي المغايرة الا ترى الى قوله تعالى واذ اخذنا من النبيين ميثاقهم
ومنك ومن نوح وابراهيم فلو كان العطف يقتضي المغايرة لم يكن المعطوف من جملة الا
الانبيا وقال تعالى من كان عدوا لله وملايكته وجبريل وميكال وانما العطف في الايتين
لبيان فضيلة المعطوف لا للمغايرة قلت تفضيل
الانبيا والملايكة بعضهم على بعض انما يعرف بالخبر فاحتاج الى التخصيص بالذكر بخلاف
ما نحن فيه فان تفضيل هذه الاشيا على ساير الفواكه عرف بالحس والمشاهدة فلا حاجة الى
الخبر اذ ليس الخبر كالمعاينة فتعين فايدة العطف للمغايرة قال الفقيه ابو الليث في شرح
الجامع الصغير ان الرجل من خراسان لو حلف بالفارسية لا ياكل الفاكهة ينبغي ان يحنث
في هذه الاشيا كما قال ابو يوسف ومحمد وقال في خلاصة الفتاوى فالحاصل ان العبرة
للعرف فكل ما يوكل على سبيل التفكه ويعد فاكهة في العرف يدخل في اليمين وما لا فلا قوله
وهذا المعنى اي التفكه قوله بها اي بالعنب والرطب والرمان مما يتغذى بها كما في
العنب والرطب او يتداوى بها كما في الرمان واخته قوله كان اليابس منها من التوابل

كما في الرمان او من الاقوات كما في يابس العنب والرطب التابل بالتا المنقوطة بنقطتين فوقانيتين قبل الالف
وبالبا المنقوطة بعد الالف بنقطة تحتانية بفتحها وكسرها هو الابزار وجمعه توابل **قوله** ولو حلف
لا ياتدم فكل شي اصطبغ به فهو ادام والشوا ليس بادام والملح ادام وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال
محمد ما يوكل مع الخبز غالبا ادام وهو رواية عن ابي يوسف وهذه من مسايل الجامع الصغير المعادة اعلم انه
اذا حلف لا ياكل اداما فاكل خلا او زيتا او لبنا او زبدا او ما شابه ذلك مما يصطبغ به الخبز حنث وان اكل
لحما او بيضا او جبنا لا يحنث عند ابي حنيفة وهو قول ابي يوسف في ظاهر الرواية وعند محمد يحنث وهو
رواية عن ابي يوسف ذكره في كتاب الامالي قال الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير اما العنب
والبطيخ فقد ذكر بعض المتاخرين في شرح هذا الكتاب انه على هذا الخلاف ولم يذكره غيره
وذكر شمس الايمة السرخسي في شرح مختصر الكافي انه لا يكون اداما بالاجماع ثم قال وهو الصحيح
وقال في شرح الطحاوي الفاكهة ليست بادام بالاجماع وجه قول محمد قوله عليه السلام سيد
ادام اهل الجنة اللحم ولان الادام اسم لما يطيب به الخبز ماخوذ من المواد مة وهي الموافقة واللحم
والبيض والجبن يوافق الخبز فيكون ادما ولان مبنى الايمان على العرف والناس يستعملون
هذه الاشيا استعمال الادام ووجه قولهما ان حقيقة الموافقة بان يصير الشي واحدا بالامتزاج
بالالتزاق بالخبز لا بان يكون مجاوراله فاذا ثبت الحقيقة بطل المجاز قال في الفتاوي الولوالجي
وان ثرد في المالا يحنث لانه لا يسمى اداما وقال في المغرب الصبغ ما يصبغ به ومنه الصبغ والصباغ
من الادام لان الخبز يغمس فيه ويلون به كالخل والزيت ويقال اصطبغ بالخل وفي الخل ولا يقال
اصطبغ الخبز بالخل **قوله** واذا حلف لا يتغدى فالغدا الاكل من طلوع الفجر الى الظهر والعشا
من صلاة الظهر الى نصف الليل وهذه من مسايل القدوري وقد تسامح في اللفظ لان الغدا
عبارة عن طعام يوكل في الغداة وكذلك العشا بفتح العين والمد عبارة عن طعام يوكل في العشا
بكسر العين ولا يجوز ان يسمى الطعام الا وهذا ظاهر ويجوز ان يقال اراد بالعشا التعشي
وبالغدا التغدي مجازا باطلاق اسم السبب على المسبب اعلم ان التغدي عبارة عن اكل مترادف
يقصد به الشبع ولهذا لا يحنث في يمينه لا يتغدى حتى ياكل اكثر من نصف شبعه لانه لا يقال انه
تغدى اذا اكل لقمة ووقته من طلوع الفجر الى الزوال والعبرة في ما يتغدى به على عادة اهل
ذلك الموضع حتى يعتبر الارز غدا بطبرستان واللبن لاهل البوادي والتمر ببغداد كمن حلف
لا يدخل بيتا فهو على المدر للمكري وعلى بيت الشعر للبدوي وكذلك الحكم في التعشي حتى يشترط
ان يكون اكثر من نصف شبعه قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي ومن حلف ان لا يتغدى
فانه يقع على الغدا المعروف فان كان الرجل كوفيا يقع على خبز الحنطة والشعير ولا يقع
على اللبن والسويق واذا كان الرجل بدويا يقع على اللبن والسويق وان كان حجازيا يقع على
السويق واما في بلادنا يقع على خبز الحنطة ووقت الغدا من وقت طلوع الشمس الى وقت
الزوال ووقت العشا من وقت الزوال الى ان يمضي اكثر الليل ووقت السحور من ان يمضي اكثر
الليل الى طلوع الفجر هذا في عرفهم واما في عرفنا وقت العشا من وقت صلاة العصر الى
هنا لفظه رحمه الله وانما كان وقت الغدا من طلوع الفجر الى زوال الشمس لان الغدوة
اسم لاول النهار وما قبل الزوال اول النهار فكان وقت الغدا ذلك وقال عليه السلام لعرباض بن سارية تعالى الى الغدا المبارك وهو يتسحر فسمي السحور غدا القربة من الغداة
وهو الى وقت الزوال لقوله تعالى وظلالهم بالغدو والاصال قبل الغدو والى وقت الزوال

والاصال

والاصال بعده وانما كان وقت العشا من زوال الشمس الى ان يمضي اكثر الليل لما روى ابو هريرة
ان النبي عليه السلام صلى احدى صلاتي العشي الظهر او العصر فسلم في ركعتين فسمي صلاة
الظهر صلاة العشي وانما كان الى ان يمضي اكثر الليل لان بعد مضي الاكثر يكون السحر ومعلوم
في العادة الفرق بين العشا وبين وقت السحر **قوله** لان ما بعد الزوال يسمى عشا يعني بكسر
العين بيانه ان ما بعد العشا لما كان عشا كان الطعام الذي يوكل في ذلك الوقت عشا ولا يجوز
ان يقال يسمى عشا بفتح العين لانه حينيذ يلزم تعليل الشي بنفسه وذلك فاسد لانه قال والعشا
من صلاة الظهر الى نصف الليل لان ما بعد الزوال يسمى عشا فلو فتح العين في الموضعين لزم
ما قلنا بان يقال العشا بفتح العين هذا لان هذا عشا بفتح العين وذلك مصادرة لا محالة فافهم
قوله ولهذا سمي الظهر احدى صلاتي العشا في الحديث واراد بصلاتي العشا الظهر والعصر
كذا في السنن **قوله** والسحور من نصف الليل الى طلوع الفجر وهذا بيان وقت السحور
وحقيقته ما يوكل في السحور والسحور بفتح السين **قوله** وينطلق على ما يقرب اي ينطلق السحور
على ما يقرب من السحر وانما قال هذا لان السحر هو الثلث الاخير من الليل الى طلوع الفجر
وما بعد نصف الليل قريب منه لا محالة والسحور ماخوذ من السحر فانطلق اسم السحور على ما
بعد نصف الليل لانه قريب من الثلث الاخير **قوله** ويشترط ان يكون اكثر من نصف
الشبع اي ان يكون الغدا او العشا او السحور **قوله** ومن قال ان لبست او اكلت او شربت
فعبدي حر وقال عنيت شيا دون شي لم يدين في القضا وغيره وهذه من مسايل الجامع الصغير
المعادة والاصل هنا ان النية التعيين بعض محتملات اللفظ واصل اخر ان الثابت بالضرورة
بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة ويكون عدما فيما وراء محل الضرورة فبعد ذلك
يقول اذا عنى ثوبا دون ثوب او طعاما دون طعام او شرابا دون شراب لا تصح نيته وكذا
اذا قال ان ركبت وعنى به دابة لا تصح نيته وعلى هذا مسيلة الجامع الكبير اذا حلف
لا اغتسل في هذه الدار الليلة ثم قال عنيت به عن الجنابة او حلف لا يغتسل وقال عنيت
به فلانا او حلف لا يتزوج وقال عنيت به فلانة او امراة من نسا الكوفة ففي هذه الوجوه
كلها لم يصح نيته لا قضا ولا ديانة لان النية تعيين بعض محتملات اللفظ والثوب او الطعام
او الشراب او الدابة او الجنابة او فلان او فلانة او امراة ليس بملفوظ فلا تصح نيته ولان
ثبوت هذه الاشيا بسبيل الاقتضا لا باللغة والثابت بالاقتضا ثابت ضرورة فلا حاجة الى اثبات
العموم وما لا عموم فيه لا يقبل تخصيصه قال الشيخ ابو المعين في شرح الجامع روي عن ابي يوسف
في النوادر ان نيته تصح ويصدق فيما بينه وبين الله فهذه الرواية اخذ الخصاف في كتاب
الحيل بخلاف ما اذا قال ان لبست ثوبا او قال ان اكلت طعاما او قال ان شربت شرابا او قال ان
ركبت دابة او قال ان اغتسلت غسلا او قال ان اغتسلت الليلة في هذه الدار احد او حلف
لا يتزوج امراة وعنى شيا دون شي يصح نيته فيما بينه وبين الله تعالى لان النكرة وقعت في موضع
النفي فتعم والعموم يحتمل الخصوص لكن لا يصدق قضا لانه خلاف الظاهر بخلاف ما اذا قيل
له انك تريد ان تغتسل الليلة في هذه الدار عن الجنابة فقال ان اغتسلت فعبدي حر فهو على
الجنابة لانه جواب فيتقيد بالسوال ولو قال ان اغتسلت الليلة في هذه الدار او لم يقل في هذه
الدار فهو على كل اغتسال قضا لانه زاد على حرف الجواب فيكون مبتديا ولكن مع هذا يصدق
ديانة لانه يحتمل انه اراد به الجواب فان قيل اذا قال ان خرجت

ونوى السفر تصح نيته وكذا اذا قال ان ساكنت فلانا ونوى المساكنة في بيت واحد تصح نيته مع
ان السفر والبيت الواحد لابد له من اللفظ فكيف صحت نيته قلت لا نسلم انه لا بد له
من اللفظ وهذا لان السفر احد نوعي الخروج لان الخروج اما مديد واما قصير فالمديد هو السفر
فكان في اللفظ دلالة عليه فصحت نيته بخلاف ما اذا نوى مكانا بعينه كبغداد مثلا حيث لا تصح
نيته لان المكان لابد له من اللفظ لغة واما ثبت اقتضاء وكذا المساكنة في بيت واحد نوعي
المساكنة لان المساكنة نوعان قاصر وكامل فالكامل ان يسكنا في بيت واحد والقاصر ان يسكنا في دار واحدة
فصحت نيته لدلالة اللفظ بخلاف ما اذا نوى المساكنة في مكان بعينه حيث لا تصح نيته لانه
لا دلالة عليه في اللفظ **قوله** ومن حلف لا يشرب من دجلة فشرب منها باناء لم يحنث حتى يكرع
منها كرعا عند ابي حنيفة وقالا اذا شرب باناء يحنث وهذه مسئلة القدوري والاصل ان
الكلام اذا كان له حقيقة مهجورة ومجاز مستعمل فالمجاز اولى وان كانا مستعملين على السوا
فالحقيقة اولى وان كان المجاز اكثر استعمالا من الحقيقة فعند ابي حنيفة الحقيقة اولى
وعندهما المجاز اولى فبعد ذلك نقول الشرب من دجلة حقيقة هو الكرع لا الشرب بالاناء
فينصرف يمينه الى الحقيقة لانها اولى ولهذا اذا قال الذي شرب بالاناء شربت من الاناء
لا من دجلة كان صدقا واذا قال شربت من دجلة لا من الاناء كان مكذبا فدل ان الشرب من
دجلة هو الشرب كرعا وهذه الحقيقة مستعملة فيما بين كثير من الناس كاهل الرساتيق بوروده
ما ورد عن صاحب الشرع انه اتى قوما فقال هل عندكم ماء بات في شن والا كرعنا ولهذا
اذا حلف لا يشرب من هذا الكوز فجعل ماءه في الكف فشربه لا يحنث فان قيل
لم لا يجوز ان يكون المضاف محذوفا على ان يكون تقديره قوله لا يشرب من دجلة اي من ماء
دجلة ولو تكلم بلفظ الماء كان يحنث بالاغتراف والكرع كيف ما حصل الشرب فينبغي ان يكون
هنا كذلك قلنا لا يصح ذلك لان الماء لو كان فيه مضمرا
كان ينبغي ان يحنث اذا شرب من نهر ياخذ من دجلة فان الماء اذا كان مذكورا يحنث نص
عليه محمد في الجامع الكبير وفي قوله لا يشرب من دجلة لا يحنث اذا شرب من نهر ياخذ
منها فدل ان تقدير الماء ليس بمستقيم ووجه قولهما ان المتعارف المفهوم بين الناس من
الشرب من دجلة هو الشرب من ماء يحويه دجلة وهو المجاز فيعمل بعموم المجاز فيحنث
كيف ما شرب كما اذا حلف لا يضع قدمه في دار فلان يحنث في يمينه اذا دخلها راكبا او ماشيا
او حافيا او منتعلا لعموم المجاز وهو الدخول فكذا هنا فصار كما اذا حلف لا يشرب من
هذه البئر فشرب ماءها باناء يحنث وجوابه ان الكرع في البئر ليس بممكن فانصرف الى المجاز
بخلاف ما نحن فيه فان الكرع ممكن مستعمل ثم هل يحنث بالكرع عندهما قال الامام العتابي
في شرح الجامع قال بعضهم لا يحنث كيلا يكون جمعا بين الحقيقة والمجاز هذا اذا لم يكن له نية
وقال بعضهم يحنث وهو الصحيح لعموم المجاز وليس هو جمع بين الحقيقة والمجاز هذا اذا
لم يكن له نية فان نوى الكرع فعندهما لا يحنث بالمجاز ديانة وقضاء لانه نوى حقيقة
كلامه وان نوى العرف فعنده صدق ديانة لانه يحتمل ولا يصدق قضاء لانه خلاف
الحقيقة ولو حلف لا يشرب من هذا الجب فان كان ملآن انصرف الى الكرع عنده لتصور
الحقيقة وان لم يكن ملآن انصرف الى المجاز لامتناع الحقيقة كذا نقل الشيخ ابو المعين النسفي
في شرح الجامع عن الشيخ ابي القاسم الصفار ولو حلف بقوله لا يشرب من دجلة ما دجلة هل

يصح

يصح ام لا حتى لو شرب من نهر ياخذ من دجلة هل يحنث ام لا قال الشيخ ابو المعين من مشايخنا
من قال لا يصح نيته لان الماء ثبت مقتضى فلا يظهر في حق قبول النية ومنهم من قال تصح نيته لانه
نوى اضمار الماء واليه ذهب الشيخ ابو بكر الاعمش **قوله** ولنا ان كلمة من للتبعيض اعلم ان كلمة
من لابتداء الغاية واليه ذهب المبرد ومن تبعه وكونها للتبعيض او للتبيين او مزيدة راجع
الى ذلك وقد عرف في المفصل وغيره وعند غير المبرد لابتداء الغاية ولغيره من المعاني على
سبيل الاشتراك ثم قول صاحب الهداية ان كلمة من للتبعيض ان كان يريد به انه وضع
للتبعيض وحده فهذا لم يقل به احد من ائمة اللغة وان كان يريد انه قد يستعمل للتبعيض
فمن اين يلزم انه هنا للتبعيض وقد صرح الشيخ ابو المعين النسفي في شرح الجامع انه هنا
لابتداء الغاية وحقق الكلام فيه وقال اذا دخلت من على اسم وامكن تحصيل معنى الفعل
المتقدم عليه في ذلك الاسم يجعل للتبعيض كما في قوله اكلت من طعام فلان واخذت من
ماله لان المال محل الاخذ والطعام محل الاكل وان لم يمكن تحصيل معنى الفعل في ذلك الاسم يجعل
لابتداء الغاية كما يقول سرت من مطلع الشمس الى مغربها ومشيت مع زيد من باب الامير الى
باب القاضي وهنا لا يمكن تحصيل معنى الشرب في النهر اذ هو اسم لما بين حافتي الوادي دون الماء
الجاري فيه فاذا كانت لابتداء الغاية ينبغي ان يكون الشرب من هذا المكان ولن يكون المشرب
منه الا وان يضع فاه عليه ليشرب منه كما في الكوز يقال كرع في الماء اذا تناوله بفيه من موضعه
قوله وحقيقته في الكرع وهي مستعملة اي حقيقة التبعيض حاصلة في الكرع والحقيقة
مستعملة لا مهجورة فيكون اولى من المجاز المتعارف **قوله** ولهذا يحنث بالكرع اجماعا فيه
نظر لانه اختلف المشايخ في الكرع عندهما وقد مر قبل هذا **قوله** وان حلف لا يشرب من
ماء دجلة فشرب منها باناء حنث هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لانه عقد اليمين على ماء
دجلة لا على نهر دجلة والنسبة لا ينقطع بالاناء ولهذا يقال هذا ماء دجلة اذا كان في الجب او
الحوض وكذا اذا شرب من نهر ياخذ من دجلة يحنث هذا قولهم جميعا وروي عن ابي يوسف
انه اذا حلف لا يشرب من ماء دجلة فشرب من نهر ياخذ منها لا يحنث لان الماء صار مضافا الى
نهر اخر فانقطعت النسبة ووجه الظاهر ان نسبة الماء الى دجلة لم تنقطع بالدخول في نهر
انشعب منها كما لا ينقطع بالاغتراف بالاناء وبالاستقاء بالراوية الا ترى ان ماء زمزم ينقل الى
سائر البلاد ويقال هذا ماء زمزم **قوله** وهو الشرط اي شرط الحنث في الشرب كون الماء منسوبا
الى دجلة والماء في الاناء منسوب اليها فكان الشرط قائما **قوله** وان قال ان لم اشرب الماء الذي في
هذا الكوز اليوم فامراته طالق وليس في الكوز ماء لم يحنث فان كان فيه ماء فاهريق قبل الليل
لم يحنث وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف حنث في ذلك كله يعني اذا مضى اليوم وهذه
من مسائل الجامع الصغير المعادة وعلى هذا الخلاف اذا كان اليمين بالله يعني اذا قال والله
لاشربن الماء الذي في هذا الكوز اليوم وليس في الكوز ماء او كان فيه ماء فاهريق قبل الليل
لم يحنث عندهما وقال ابو يوسف يحنث فيهما اذا مضى اليوم والاصل هنا ان تصور البر شرط
لانعقاد اليمين فكان شرطا لبقائها وعند ابي يوسف ليس بشرط انما الشرط ان يكون على
امر في المستقبل له ان اليمين ينعقد على ما لا يتصور عادة كما في الحلف على مس السماء وتقليب
الحجر ذهبا فينعقد على ما لا يتصور حقيقة ايضا ولهما ان المقصود من اليمين البر فاذا
فات البر يجب الكفارة خلفا عنه ثم اذا لم يتصور البر لا ينعقد اليمين لفوات المقصود

ولا حنث بدون انعقاد اليمين فلا تجب الكفارة بلا حنث حقيقة ان اليمين لا يوجب الكفارة لذاتها ولهذا
لا تجب الكفارة في اللغو والغموس مع انهما يمينان وانما تجب الكفارة بالحنث فكل يمين استحال فيها البر
استحال فيها الحنث فلما استحال شرب ما لم يكن في الكوز استحال البر فلما استحال البر استحال الحنث لان
الترك انما يكون فيما يصح وجوده وهنا يحتاج الى الفرق بين هذه المسئلة حيث لا ينعقد اليمين عندهما
سوا علم او لم يعلم وبين مسئلة الجامع الكبير وهي ما اذا حلف ليقتلن فلانا وهو ميت ان علم بموته ينعقد
اليمين وان لم يعلم لا ينعقد والفرق انه اذا لم يعلم الموت عقد يمينه على الحياة القايمة فلم ينعقد
اليمين لانعدام المحل كما في مسئلة الكوز واذا كان عالما بموته فقد عقد يمينه على تفوت حياة يعيدها
الله تعالى وذلك متصور كما في قوله تعالى فاماته الله ماية عام ثم بعثه وتفويت الحياة المحدثة
يكون قاتلا لذلك الشخص المحلوف عليه فينعقد اليمين ثم يحنث من ساعته لوقوع العجز عادة كما في تحويل
الحجر ذهبا بخلاف الكوز فانه اضاف يمينه الى الذي فيه للحال وليس فيه ما الا الذي يحدثه الله تعالى
فاذا احدث الله تعالى فيه ما كان غير ذلك الما لا محالة فلم يكن محل اليمين متصورا فلم ينعقد اليمين
لهذا بخلاف ما اورد ابو يوسف من النظير فانه متصور في الجملة بان يكون وليا وكرامة الاوليا
حق بخلاف العادة فلما تصور انعقد اليمين لكن وجبت الكفارة لوقوع العجز عادة بهذا اذا كانت
اليمين موقتة بذكر اليوم فاذا كانت مطلقة عن ذكر اليوم ففي الوجه الاول وهو ما اذا قال
ان لم اشرب الذي في هذا الكوز فامراته طالق وليس في الكوز ما لم يحنث عندهما كما اذا ذكر اليوم
لعدم تصور البر وعند ابي يوسف يحنث في الحال بخلاف ما اذا ذكر اليوم لعدم تصور البر في
وعند ابي يوسف يحنث في الحال بخلاف ما اذا ذكر اليوم حيث يحنث عنده اذا مضى اليوم والفرق
انه اذا ذكر اليوم كان غرضه التوسعة على نفسه حتى يختار الفعل في اي وقت شا فلما لم يمض
ذلك الوقت لا يتحقق ترك الفعل لان الفعل يتعين عليه في اخر اجزا الوقت المقدر فاذا فات الجزء
الاخر فلم يفعل يحنث بخلاف ما اطلق يمينه عن ذكر اليوم حيث يجب عليه البر كما فرغ لانه لم يرد
التوسعة فلما عجز عن البر وجبت عليه الكفارة في الحال وفي الوجه الثاني وهو ما اذا قال ان لم
اشرب الما الذي في هذا الكوز فامراته طالق وكان في الكوز ما فاهريق حنث في قولهم جميعا
ومما يحتاج الى الفرق لانه لا يحنث عندهما اذا ذكر اليوم فاهريق قبل الليل واذا لم
يذكر اليوم فاهريق قبل الليل واذا لم يذكر اليوم فاهريق يحنث والفرق ان الوقت
اذا ذكر كان البر واجبا عليه في الجزء الاخير من الوقت وعند ذلك المحلوف عليه فايت فتبطل
اليمين فلا يحنث لهذا كما لو عقد يمينه في هذه الحالة اعني في الجزء الاخير من الوقت حيث لا
ينعقد يمينه بخلاف ما اذا لم يذكر اليوم كان البر يجب عليه في الحال فاذا فات المحلوف عليه
حنث **قوله** كما اذا عقده ابتدا الضمير المنصوب راجع الى اليمين وتذكيره على تاويل الحلف
قوله ومن حلف ليصعدن السما او ليقلبن هذا الحجر ذهبا انعقدت يمينه وحنث عقيبها
وهذا لفظ القدوري في مختصره وعند زفر لا ينعقد يمينه لانه محال عادة فصار كالمحال
حقيقة كما في الحلف على شرب ما كوز ليس فيه ولنا ان شرط انعقاد اليمين متصور البر
وصعود السما متصور الا ترى ان الانبيا صعدوا وكذا الملايكة يصعدون قال تعالى وانا
لمسنا السما فوجدناها ملئت حرسا فلما كان متصورا انعقدت اليمين وهذا لان ما كان محالا
في نفسه لا يكون له وجود اصلا فلما تحقق ذلك في حق الانبيا والملايكة علم انه ليس بمحال
في نفسه بل هو متصور وكذا تقليب الحجر وهنا متصور لانه يجوز ان يقع ذلك لبعض

الاوليا كرامة لهم وكرامة الاوليا بخلاف العادة حق عندنا الا انه لما كان عاجزا عن حكم
العادة حنث في الحال كما فرغ من اليمين وانما وجب الحنث في الحال لان البر ليس له زمان لا
ينتظر بخلاف ما قاس عليه زفر فان شرب ما كوز ليس فيه ما لا يتصور فظهر الفرق ثم
اعلم ان المصنف جعل الباب مترجما بباب الاكل والشرب ثم ذكر في الباب مسئلة
صعود السما وتقليب الحجر ذهبا لانه ذكر ان شرط انعقاد اليمين التصور فجر الكلام
الى ذكر هذه المسئلة لان البر فيها متصور **باب اليمين في الكلام**
لما ذكر الاكل والشرب من قبل باعتبار انهما من اهم ما يحتاج اليه الانسان في حالة البقا
ذكر بعده الكلام لانه لا بد من وقوعه وقدمه على ساير انواع الكلام من اليمين في العتق
والطلاق والبيع والشرا في الحج والصوم والصلاة لان الجنس مقدم على النوع **قوله**
ومن حلف لا يكلم فلانا فكلمه وهو بحيث يسمع الا انه نايم حنث وهذه من مسايل القدوري
وذلك لانه يعد مكلما للنايم عرفا فيحنث وان لم يستيقظ لانه اوصل الكلام الى سمعه
لكن النوم كان مانعا من الفهم فصار كما اذا كلمه وهو غافل لم يفهم كلامه وفي بعض روايات
المبسوط شرط الايقاظ لانه قال حلف لا يكلم فلانا فكلمه وكان نايما فايقظه حنث وهذا
لانه اذا كلمه فلم يستيقظ كان كما اذا ناداه من بعيد وهو بحيث لا يسمع فيكون هاذيا لا متكلما
مناديا لا يحنث في يمينه قال في التحفة ولو كان نايما فناداه ان ايقظه حنث في يمينه لانه
اسمعه كلامه وان لم يوقظه لم يحنث وهو الصحيح لان الانسان لا يعد مكلما للنايم اذا
لم يتيقظ بكلامه كما لا يعد متكلما مع الغايب **قوله** ولو حلف لا يكلمه الا باذنه فاذن
له ولم يعلم بالاذن حتى كلمه حنث وهذا لفظ القدوري في مختصره قال في شرح الاقطع
هذا هو المشهور من قولهم وعن ابي يوسف انه لا يحنث وبه قال الشافعي لان الاذن
يتم بالحالف فلا يحتاج الى علم غيره كما اذا حلف لا يكلمه الا برضاه فرضي ولم يعلم المحلوف
عليه فكلمه لا يحنث لان الرضى يتم بالراضي ولا حاجة الى علم الغير فكذا هنا وجه الظاهر
ان الاذن ماخوذ من الاعلام منه قوله تعالى واذان من الله ورسوله فاذا لم يوجد
العلم لا يتحقق الاذن لعدم الاعلام بخلاف الرضا فانه يتحقق بدون العلم ونقل
في تتمة الفتاوى والفتاوى الصغرى عن ايمان النوازل حلف لا تخرج امراته الا باذنه
فاذن لها من حيث لا تسمع لا يكون ذلك اذنا في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
وزفر هذا اذن قال نصير بن يحيى كتبت الى البلخي اساله عما تختار في هذه المسئلة فكتب الي
ان الاختلاف في هذه المسئلة وهو اذن اجماعا انما الاختلاف فيمن تقول لا تخرجي الا
بامري لان الاذن يكون اذنا بدون السماع اما الامر فلا يكون امرا بدون السماع قال
نصير الا ان ابا سليمان ذكر الاختلاف في الاذن وكذا ذكر القدوري في ايمانه فان
قلت لا نسلم ان الاذن لا يتحقق بدون العلم الا ترى ان
الرواية مسطورة في تتمة الفتاوى والفتاوى الصغرى اذا اذن المولى لعبده والعبد
لا يعلم يصح الاذن حتى اذا علم يصير ماذونا هذا اثر الصحة لانه صار ماذونا مطلقا
حتى لو حجر عليه وهو لا يعلم يصح ايضا لانه مثل هذا الكن اثر صحة انه اذا علم بعد الحجر
بالاذن لا يصير ماذونا قلت هذا سوال صدر لا عن
تفكر الا ترى انه قال اذا علم يصير ماذونا فعلم ان الاذن لا يصح بدون العلم الا ترى

الى ما قال صاحب الشامل في قسم المبسوط اذن لعبده فلم يعلم العبد ولا احد من الناس
فتصرف ثم علم باذنه لم يجز تصرفه لان الاذن لا يعتبر بدون العلم لانه ماخوذ
من الاذان وهو الاعلام ذكره في الماذون الكبير **قوله** على ما اشار اليه قوله
ان الاذن مشتق من الاذان الذي هو اعلام او من الوقوع في الاذن **قوله** وان حلف
لا يكلمه شهرا فهو من حين حلف وهذه من خواص الجامع الصغير ومعنى قوله فهو من
حين حلف اي اعتبار الشهر من زمان الحلف وذلك لان ذكر المدة لاخراج ما وراها لانه
لو لم يذكرها لتابدت اليمين فكان ذكر المدة لاخراج ما وراء المدة لا لاثباتها وانما كانت
تتابد لان النكرة اذا وقعت في موضع النفي عمت فاذا اخرج ما وراء المدة بقي الشهر متصلا به
بالايجاب بحكم اصل الايجاب لا بحكم اسم الشهر لان الشهر ذكر منكرا فلا يتناول المعين او نقول
انما بقي متصلا بالايجاب بدلالة حال الحالف لان الحامل على هذه اليمين الغيظ الذي لحقه
في الحال فكان مراده ان لا يكلم من هذه الحال بخلاف ما اذا نذر ان يعتكف شهرا او يصوم
شهرا لانه لو اطلق اليمين ولم يذكر المدة لم يكن يتناول الابد لان النكرة لم تقع في موضع
النفي وانما كانت تتناول ادنى ما ينطلق عليه اسم الاعتكاف والصوم في الشرع فكان
ذكر المدة الحكم اليها واسم النكرة لا يتناول المعين فله ان يعين اي شهر شاء مطلقا متتابعا
او متفرقا هذا في الصوم اما في الاعتكاف فانه يعين اي شهر شاء ويلزمه التتابع لان
التتابع فيه اصل ليلا ونهارا الا اذا قال النهار دون الليالي فحينئذ له ان يفرق بخلاف
الصوم فان التفريق فيه اصل لانه لا يوجد في النهار خاصة الا اذا قال متتابعا ه
فيلزمه التتابع وقد عرف في الجامع ونظير المسئلة الاولى ما اذا اجر داره شهرا كان
المراد منه الشهر الذي يلي العقد لانه لو لم يذكر الشهر ينصرف العقد الى الابد لكنه
يكون فاسدا فكان ذكر الشهر لاخراج ما وراءه فبقي الشهر متصلا بالايجاب بحكم اصل
الايجاب **قوله** فبقي الذي يلي يمينه داخلا اي بقي الشهر الذي يلي يمينه داخلا في الايجاب
قوله به اي بالشهر **قوله** فالتعيين اليه اي ولانه تعيين الشهر الى الحالف **قوله**
وان حلف لا يتكلم فقرا القران في صلاته لم يحنث وان قرا في غير صلاته حنث وهذه من
مسائل الجامع الصغير المعادة قال في شرح الاقطع هذا استحسان والقياس ان يحنث
في الصلاة وغيرها وجه القياس وهو قول الشافعي ان الكلام اسم لحروف منظومة
تحتها معاني مفهومة فيكون قارئ القران متكلما لا محالة فيحنث وكذلك التسبيح والتهليل
ووجه الاستحسان ان القران او التسبيح او التهليل وان كان كلاما حقيقة لكنه ليس
بمراد من اليمين لانه اذا وجد في الصلاة لا يسمى كلاما عرفا وشرعا اما الاول فلان الانسان
لا يحلف على ترك الكلام في ترك الصلاة فعلم ان الموجود في الصلاة لا يسمى كلاما عرفا
واما الثاني فلانه عليه السلام قال ان صلاتنا هذه لا يصلح فيها شيء من كلام الناس ه
ولقائل ان يقول القران ليس بكلام الناس فلا يصح الاحتجاج بالحديث فينبغي ان يحنث
وان وجد في الصلاة قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير هذا في عادة
اهل العراق واما في بلادنا اذا حلف الرجل ان لا يتكلم فقرا القران ينبغي ان لا يحنث
سوا قرا في الصلاة او في غير الصلاة واليه ذهب الصدر الشهيد والعتابي فان الانسان
يقول ما تكلمت اليوم وانما قرات القران وسبحت وهذا احسن **قوله** ولو قال يوم

اكلم فلانا فامراته طالق فهو على الليل والنهار وهذه من مسائل الجامع الصغير ولفظ
محمد فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل قال يوم اكلمك فامراتي طالق ثلاثا
قال هذا على النهار والليل الا ان ينوي النهار دين في القضاء ولو قال ليلة اكلمك فامراتي
طالق ثلاثا قال هذا على الليل خاصة اعلم ان اليوم قد يذكر ويراد به بياض النهار
كما في قوله تعالى من يوم الجمعة ويذكر ويراد به مطلق الوقت كما في قوله تعالى
ومن يولهم يومئذ اي حينئذ والضابط ان اليوم اذا قرن بفعل لا يمتد يراد
به مطلق الوقت لان الفعل اذا لم يكن ممتدا يكفي مطلق الوقت ولا حاجة الى وقت
ممتد واذا قرن بفعل يمتد يراد به بياض النهار لان الفعل الممتد يحتاج الى زمان
مديد فبعد ذلك يقول الكلام مما لا يمتد لانه عرض كما يوجد يتلاشى والكلام ه
الثاني ليس بمثل الاول لتنوعه الى خبر وامر ونهي واستفهام فلا يعتبر باقيا لعدم
تجدد الامثال فيكون المراد من اليوم مطلق الوقت ليلا كان او نهارا فيحنث في يمينه
اذا وجد الكلام مطلقا فان عني باليوم النهار وهو زمان ممتد من طلوع الفجر الصادق
الى غروب الشمس يصدق قضاء لانه يحتمل كلامه بخلاف ما اذا قال ليلة اكلمك حيث لا يجوز
ارادة النهار اصلا كما لا يجوز ارادة الليل من النهار لان بينهما مضادة فلا يراد باحد
الضدين الاخر وقد مر التحقيق في كتاب الطلاق في فصل اضافة الطلاق الى الزمان وفي
كتابنا الموسوم بالتبيين في شرح الاخسيكثي **قوله** لانه خلاف المتعارف اي لان كون
النهار مرادا من يوم قرن بفعل لا يمتد خلاف المتعارف في العرف **قوله** ولو قال ان
كلمت فلانا الا ان يقدم فلان او قال حتى يقدم فلان او الا ان ياذن فلان او حتى ياذن
فلان فامراته طالق فكلمه قبل القدوم والاذن حنث ولو كلمه بعد القدوم والاذن
لم يحنث وهذه من مسئلة الجامع الصغير والاصل هنا ان كلمة حتى للغاية لقوله تعالى
حتى مطلع الفجر وكذا قوله الا ان للغاية اما كون حتى للغاية فظاهر لانها حرف ه
خاصة موضوعة لانتهاء الغاية كالى واما الا ان فالتحقيق فيه ان يقال ان الا
للاستثناء ولا شك ان المستثنى منه منتهي بوجود حرف الاستثناء والمستثنى فجعل الا
للغاية لوجود معنى الغاية فيها تحقيقه قوله تعالى لا يزال بنيانهم الذي بنوا ريبة
في قلوبهم الا ان تقطع قلوبهم اي الى ان تقطع يعني الى وقت تقطع قلوبهم وهو حالة
الموت ثم يقول لما كان ما بعد حتى والا ان غاية لما قبلهما فاذا كلم فلانا بعد القدوم والاذن
لم يحنث لانه كلمه بعد انتهاء اليمين واذا كلمه قبل القدوم والاذن يحنث لان شرط الحنث وجد
حال بقاء اليمين اما اذا مات فلان قبل وجود الغاية تسقط اليمين لانه منع نفسه عن ه
الكلام الى ان يوجد الاذن او القدوم من فلان فبعد موت فلان لا يتصور اذنه او
قدومه فلا يبقى اليمين لان شرط انعقاد اليمين تصور البر عندهما وقال ابو يوسف
يبقى اليمين موبدة بعد سقوط الغاية حتى اذا كلم فلانا المحلوف عليه يحنث لان التصور
ليس بشرط عنده على ما مر قبل هذا الباب فان قيل لا نسلم ان البر
لا يتصور هنا لان الله تعالى قادر على ان يعيد في فلان الحياة بعد موته فيتصور ان
يقدم او ياذن بعد ذلك قلنا نعم ان الله تعالى قادر على ان
يعيد في فلان الحياة ولكن اليمين وقعت على الاذن او القدوم من فلان في حياته القائمة لا

يتصور بعد الموت لان الاذان او الغد وهو في الحياة القائمة غيرهما في الحياة المعادة ولهذا
قلنا اذا قال لا قتلن فلانا وقد كان فلان قد مات ولم يعلم الحالف بموته لا ينعقد لان اليمين
وقعت على الحياة القائمة وقد مر ذلك فافهم فقد قلد ههنا وخبط بعض الشارحين **قوله**
فعند سقوط الغاية وهي الاذان والغد وهو بسقطان بموت فلان **قوله** ومن حلف لا
يكلم عبد فلان ولم ينو عبدا بعينه او امراة فلان او صديق فلان فباع فلان عبده او بانت
منه امراته او عادى صديقه فكلمهم لم يحنث وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة اعلم
ان المسمى في الكلام سضافا فلا يخلو اما ان كان مضافا اضافة ملك او اضافة نسبة او كان
مشارا اليه مع ذلك اما في اضافة الملك كما اذا قال والله لا اكلم عبد فلان او قال لا البس ثوب
فلان او قال لا اكل طعام فلان فيعتبر الملك يوم الحنث حتى لو زال الملك ثم وجد الفعل لا يحنث
لان شرط الحنث وجود الفعل في عين مملوك لفلان ولم يوجد فلو استحدث الملك في هذه
الاشياء بان اشتراها فلان ثم فعل الحالف يحنث لوجود شرط الحنث وكذلك الحكم في الدار الا
رواية عن ابي يوسف انه قال في الدار المستحدثة انه لا يحنث لو دخل فيها لانه يشترط الملك
فيها وقت اليمين والحنث جميعا لانها لا تستحدث في العادات كل وقت وجوابه ان العادة مختلفة
ومتعارضة كما في الجواري والعبيد فلا يحتج بالعادة المتعارضة وعن ابي يوسف في النوادر انه
قال دار فلان فعلى هذا الخلاف واذا قال دار الفلان فقوله كقولهما كذا قال فخر الاسلام
وان وجدت الاشارة في هذه الصورة بان قال والله لا اكلم عبد فلان هذا او لا ادخل دار
فلان هذه او لا البس ثوب فلان هذا فاذا زال الملك ثم وجد الفعل لا يحنث عند ابي حنيفة
وابي يوسف خلافا لمحمد وجه قوله ان النسبة لا يعتبر مع وجود الاشارة لان الاشارة ابلغ
في التعريف لكونها قاطعة للشركة وبعد زوال الملك بقي المشار اليه فيحنث اذا وجد
الفعل ووجه قولهما ان النسبة انما لا تعتبر مع وجود الاشارة اذا لم تكن للنسبة فائدة
غير التعريف ويجوز ان يكون الباعث كون الحامل على اليمين هو الغيظ من جهة المالك
او نقول ترجيح الاشارة انما يكون عند التعارض ولا نسلم التعارض لان الاشارة للتعريف
والنسبة لهجران الملك فيعتبر الامران جميعا ونقل في الاجناس عن الزيادات رواية ابن
سماعة ان هشاما اخبر عن محمد انه رجع الى قول ابي حنيفة وقال لا يحنث وفي الجرجانيات
عن ابي يوسف رواية علي بن صالح يحنث في قوله دار فلان هذه واما في الاضافة النسبة كما
اذا قال والله لا اكلم زوجة فلان او زوج فلانة او صديق فلان فزالت النسبة بان بطلت
الزوجية او الصداقة ثم كلم لم يحنث في قول ابي حنيفة وحنث في قول محمد ذكر قول ابي
حنيفة في الجامع الصغير وقول محمد في الزيادات لان النسبة لما كانت للتعريف كانت كالاشارة
عند عدمها فلم يشترط دوامها ولابي حنيفة ان الانسان قد يعادي لنفسه وقد يعادي لصديقه
او زوجته فاذا كان كذلك احتمل ان المقصود المضاف او المضاف اليه فلم يحنث بالشك فان
لم يكن له زوجة ولا صديق ثم استحدث الصديق او الزوجة ثم كلم لم يذكره في الجامع الصغير
قالوا على قياس قول ابي حنيفة يحنث واما محمد فقد قال في الزيادات انه لا يحنث قال فخر الاسلام
في شرح الجامع الصغير يحتمل ان يكون قول ابي يوسف مثل قول ابي حنيفة وان وجدت
الاشارة مع ذلك بان قال لا اكلم صديق فلان هذا او زوجة فلان هذه ثم زالت الزوجية
والصداقة ثم كلم حنث في قولهم جميعا لان ذكر النسبة للتعريف كالاشارة فكانت الاشارة

اولى

اولى **قوله** ولم يوجد اي لم يوجد الفعل الواقع في محل مضاف الى فلان لزوال الملك
والنسبة **قوله** هذا في اضافة الملك بالاتفاق اي عدم الحنث **قوله** فلا يشترط
دوامها اي دوام الاضافة وهي اضافة الصديق الى فلان واضافة المراة الى الزوج بل يحنث
عند محمد بعد زوال الصداقة والزوجية كما اذا كان المضاف مشارا اليه بان قال
هذا او هذه **قوله** فتعلق الحكم اي حكم الحنث بعينه اي بعين المقصود وهو
الصديق او المراة **قوله** وجه ما ذكر ههنا وهو عدم الحنث بعد زوال الملك والنسبة
وههنا اشارة الى قوله فكلمهم لم يحنث غرضه اي غرض الحالف هجرانه اي هجران المضاف
قوله ولهذا لم يعينه اي ولاجل ان غرض الحالف هجران المضاف لاجل المضاف اليه لم يعين
المضاف حيث لم يقل صديق فلان هذا او زوجة فلان هذه ولو كان غرضه هجران المضاف
لاجل المضاف اليه لعينه **قوله** فهو على هذا الاختلاف اي عند محمد يحنث في الدار المشار
اليها اذا بيعت ثم وجد الدخول كما في العبد المشار اليه اذا بيع ثم كلمه وعندهما لا يحنث
لان العبد والدار لا يصلحان للمعاداة اما الدار فظاهرة وكذا العبد لا يعادى لذاته لسقوط منزلته وانما يهجران لمعنى في صاحبهما فاذا زال الملك ثم وجد الفعل لا يحنث بخلاف
المراة والصديق فانهما يصلحان للمعاداة فكيف وقد اشار اليهما فيحنث بعد زوال الزوجية
والصداقة **قوله** والاشارة ابلغ منها فيه اي في الاضافة في التعريف وهذا لان الاشارة
تقطع الشركة بمنزلة وضع اليد على المشار اليه بخلاف الاضافة فانها لا تقطع الشركة لانه
يجوز ان يكون لفلان دار اخرى وعبد اخر وصديق اخر وزوجة اخرى **قوله**
فاعتبرت اي الاشارة **قوله** وصار كالصديق والمراة اي صار العبد المشار اليه كالصديق
والمراة المشار اليها عند محمد وزفر **قوله** والداعي لمعنى في المضاف اليه حفظا هو لعدم
التعيين اي الداعي الى اليمين لمعنى في المضاف اليه وهو فلان غير ظاهر في الصديق
المضاف المشار اليه والمراة المضافة المشار اليها لان المضاف اليه لا يتعين مرادا لان
المضاف صالح للمعاداة بخلاف اضافة الملك حيث لا يحنث بعد زوال الملك لان الداعي
الى اليمين معنى في المضاف اليه وهو يتعين مرادا فظهر الفرق بين الاضافتين في
صورة الاشارة وهو معنى قوله بخلاف ما تقدم قال في شرح الطحاوي ثم عند محمد اذا
قال عنيت الكلام معه وهو ملك فلان يصدق فيما بينه وبين الله تعالى دون القضاء
لانه نوى ما يحتمله وعندهما اذا قال نويت الكلام معه دون الملك يصدق في القضاء لانه
نوى ما يحتمله فيشدد على نفسه **قوله** وان حلف لا يكلم صاحب هذا الطيلسان فباعه
ثم كلمه حنث وهذه من مسائل الجامع الصغير ايضا وذلك لان اضافة الصاحب الى
الطيلسان ليست الا للتعريف به لانه الطيلسان لا يصلح للمعاداة فصار كانه قال
لا يكلم هذا بالاشارة الى الصاحب **قوله** ومن حلف لا يكلم هذا الشاب فكلمه وقد
صار شيخا حنث وهذه من مسائل القدوري وذلك لان الصفة في الحاضر لغو الا في
الغائب معتبرة الا اذا كانت الصفة داعية الى اليمين فانها لا تكون لغوا كما لو حلف لا اكل
هذا البسر فاكله بعد ما صار رطبا لا يحنث لحقيقة يعتبر ويتقيد اليمين بتلك الصفة
كما اذا حلف لا ياكل بسرا فاكل بعد ما صار رطبا او حلف لا ياكل رطبا فاكل بعد ما
صار تمرا لا يحنث لتقيد اليمين بصفة البسورة او الرطوبة لان تلك الصفة داعية

الى اليمين وهنا صفة السباب لم تعتبر داعية لان هجران الصغار مهجور شرعا لقوله عليه السلام
من لم يرحم صغيرنا فلو اعتبرت الصفة داعيه يلزم الهجران المهجور شرعا فلا يجوز ذلك
وقوله وهذه الصفة ليست بداعية الى اليمين جواب سوال مقدر وقد اتضح بيانه فيما
قلنا **قوله** على ما مر من قبل اي في اول باب اليمين في الاكل والشرب **فصل**
انما ذكر بلفظ الفصل دون الباب لما ان مسايله كالتبع لما قبله لان الحلف على منع الكلام في
الحين والزمان وما شابه ذلك فرع من انواع اليمين في الكلام **قوله** ومن حلف لا يكلمه حينا
او زمانا او الحين او الزمان فهو على ستة اشهر وهذا لفظ القدوري في مختصره قال في شرح
الاقطع قال الشافعي اذا حلف على النفي فيمينه على ساعة واحدة وان حلف على الاثبات فعل
ذلك في اخر عمره جاز وذكر في الجامع الصغير رجل حلف ليصوم حينا او زمانا فهو على ستة
اشهر اعلم ان الحين هو الزمان قليله وكثيره كذا في المجمل وغيره وقال الزجاج في تفسيره جميع
ما شاهدنا من اهل اللغة يذهب الى ان الحين اسم كالوقت يصلح لجميع الازمان كلها طالت او
قصرت ثم قال والدليل على ان الحين بمنزلة الوقت قول النابغة انشده الاصمعي في صفة الحية
والملدوغ تناذرها الراقون من سوء سمها تطلقه حينا وحينا تراجع فالمعنى ان السم تخف المه
وقتا ويعود وقتا ومعنى تناذرها اي انذر بعضهم بعضا ثم اعلم ان الحين جاء في معنى الوقت القصير
كما في قوله تعالى فسبحان الله حين تمسون وحين تصبحون وقوله تعالى وحين تضعون ثيابكم
من الظهيرة ويقال حينئذ في كلام العرب على معنى الوقت المطلق وجاء بمعنى الوقت المديد كما
قال تعالى هل اتى على الانسان حين من الدهر قال اهل التفسير اي اربعون سنة وجاء بمعنى
ستة اشهر وهو الوسط قال تعالى تؤتي اكلها كل حين اي كل ستة اشهر فمن وقت الطلع الى
وقت الرطب ستة اشهر ومن وقت الرطب الى وقت الطلع ستة اشهر ومعناه انه ينتفع
بها في كل وقت لا ينقطع نفعها السنة وروي عن ابن عباس ان الحين ستة اشهر ثم نقول لما كان
استعمال الحين جاريا في الوقت القصير والمديد والوسط فان كان له نية تقع يمينه على ما نوى
من الاوقات الثلاثة لانه محتمل كلامه وان لم يكن له نية يراد به الوسط وهو ستة اشهر لانه
لا يجوز ان يراد به الوقت القصير وهو ساعة واحدة لانه لا حاجة الى اليمين في الامتناع
عن الكلام لانه يوجد الامتناع في زمان قصير بلا يمين ولا يجوز ان يراد به الوقت المديد
لانه لو كان مراده ذلك لم يذكر الحين لانه يتابد بيمينه حينئذ والاربعون في معنى الابد لان
من اراد ذلك يقول ابدا وهو المتعارف فتعين الوسط وكذا الكلام في الزمان لانه بمعنى
الحين في اللغة يقال لم اره فلانا منذ حين ومنذ زمان ثم لم يفرق في الحين والزمان بين
المعرف والمنكر والاعتماد فيه على اللغة ثم يتعين ستة اشهر في قوله لا يكلمه حينا او زمانا من
حين حلف بخلاف قوله لاصومن حينا او زمانا حيث لا يتعين بل له ان يعين اي ستة اشهر
شاء والعرف يجي في هذا الباب عند قوله وان حلف لا يكلمه شهرا **قوله** وهذا هو
الوسط اي هذا المذكور وهو ستة اشهر هو الوسط **قوله** فيتعين ما ذكرنا وهو الوسط
وهو ستة اشهر **قوله** فهو على ما نواه اي من الزمان اليسير والمديد والوسط **قوله**
قال وكذلك الدهر عند ابي يوسف ومحمد وقال ابو حنيفة الدهر لا ادري ما هو اي قال القدوري
في مختصره كذلك الدهر عندهما يعني انه يقع على ستة اشهر وقال ابو حنيفة لا ادري ما الدهر
اي لا ادري كيف هو في حكم التقدير فان كانت له نية فهو على ما نوى وان لم يكن له نية قال

ابو حنيفة لا ادري ما الدهر قال ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي المشهور في قولهما
ان الدهر بالالف واللام على الابد قد ذكره محمد في الجامع الكبير ولم يذكر فيه خلافا وكان
ابو الحسن يقول ان قول ابي حنيفة في الدهر ودهرا واحدا وانه لم يجب عنه بشي والغالب في
كلام الناس ان الدهر على الابد يقال فلان يصوم الدهر يعنون الابد الى هنا لفظ ابي بكر
الرازي ومن اصحابنا من قال ان الدهر بلام التعريف يقع على الابد بلا خلاف بينهم قال تعالى حين
من الدهر اي الابد وانما الخلاف في المنكر فانه لا يقع على ستة اشهر وتوقف ابو حنيفة فيه وقال
الشيخ ابو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير روى بشر عن ابي يوسف انه قال لا فرق على قول ابي
حنيفة بين قوله دهرا وبين قوله الدهر وقال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي روي عن
ابي يوسف انه قال الدهر يقع على ستة اشهر وفي ظاهر الرواية يقع على جميع العمر ثم وجه قولهما
ان الدهر كالحين والزمان في استعمال العرب يقال لم ار فلانا منذ دهر ومنذ حين ومنذ زمان
على السواء ووجه قوله ان الدهر لا نص فيه عن احد من اهل اللغة ولا لانه متعارف
فيجب التوقف فيه الا ترى الى قوله تعالى وما يهلكنا الا الدهر والى قوله عليه السلام لا
تسبوا الدهر فان الله هو الدهر ولهذا قال صاحب الجمهرة الدهر معروف ثم قال وقال
قوم الدهر مدة الدنيا من ابتدايها الى انقضايها وقال اخرون بل دهر كل قوم زمانهم وقال
ثعلب في اماليه الدهر الزمان الليل والنهار لا غير ذلك ثم انشد هل الدهر الا ليلة ونهارها
والا طلوع الشمس ثم غيارها ثم لما لم يستمر العرف لم يصح الحاق الدهر بالحين والزمان قياسا لان
درك اللغات بالقياس لا يستقيم ولهذا الدهر اذا ذكر معرفا يقع على الابد اتفاقا على ظاهر
الرواية بخلاف الحين والزمان ثم توقف ابي حنيفة في الدهر من غاية زهده وورعه وجلال
قدره في العلم حيث لم يقف ما ليس به علم ولم يقل على طريق الجزاف فكان هذا منه عين المعرفة
لا جهلا ومما ينبغي ذكره هنا ما قال بعضهم من قال لا ادري عالم بدره فقد اقتدى في الفقه
بالنعمان في الدهر والخنثى كذاك جوابه ومحل اطفال ووقت ختان روى صاحب الاجناس
عن كتاب الصيام املا بشر بن الوليد في تاريخ شعبان سنة تسع وستين ومائة لو قال لله علي
صوم عمر او صوم العمر ولا نية له فان قوله العمر يقع على الابد وقوله عمر يقع على يوم
واحد ثم قال وقال في كتاب الايمان املا رواية بشر بن الوليد في تاريخ صفر اذا حلف
لا يكلمه عمرا فهو على مثل الحين ستة اشهر الا ان ينوي اكثر او اقل فله نيته ولو قال
عمري او عمرك فهو الى موت الذي اضافه اليه وانما ذكرت هذه المسايل لتكثير الفوايد
وان لم يذكرها صاحب الهداية **قوله** ولو حلف لا يكلمه اياما فهو على ثلاثة ايام وهذا لفظ
القدوري في مختصره وهو رواية الجامع الكبير وذكر فيه انه بالاتفاق وذكر في كتاب الايمان
انه على عشرة ايام عنده كما في المعرف قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي والمذكور في
الجامع اصح وذلك لانه ذكر الايام بالتنكير ولا دلالة فيه على الجنس والعهد فيقع على اقل
الجمع وهو الثلاثة قال في شرح الطحاوي لو حلف لا يكلمه يوما يقع على طلوع الشمس الى غروبها
اذا حلف قبل الطلوع وان كان حلف بعد الطلوع يقع على يوم كامل الى الوقت الذي حلف فيه
من الغد ويدخل الليل فيه ولو حلف لا يكلمه اليوم فيقع على بقية اليوم ولو حلف لا يكلمه
يومين دخل فيه الليل سواء حلف قبل الطلوع او بعده وما عرفت من الجواب في اليوم
فكذلك الجواب في الليل ولو حلف لا يكلمه شهرا فيقع على ثلاثين يوما ولو حلف لا يكلمه الشهر

ووقع على بقية الشهر قوله وان حلف لا يكلمه الايام فهو على عشرة ايام عند ابي حنيفة وقالا
على ايام الاسبوع هذا لفظ القدوري وكذلك اذا حلف لا يكلمه الشهور او الجمع او السنين
والاصل هنا ان حرف التعريف اذا دخلت في اسم الجمع ينصرف الى اقصى ما ينطلق عليه اسم
الجمع عند ابي حنيفة وهو العشرة لان الناس يقولون في العرف ثلاثة ايام واربعة ايام
الى عشرة ايام ثم بعد ذلك يقولون احد عشر يوما ومائة يوم والف يوم فلما كانت له
العشرة اقصى ما ينتهي اليه لفظ الجمع كانت هي المرادة لان اللام للجنس بخلاف ما اذا حلف
بقوله ان تزوجت النساء حيث يقع اليمين على الواحدة لتعذر صرفه الى الجميع وان عنى
الجميع قيل لا يصدق لانه خلاف الظاهر وقيل يصدق لانه نوى حقيقة كلامه وقد عرف
في شرح الجامع واصل قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله انه ينظر ان كان ثمة معهود ينصرف
اليه والا ينصرف الى جميع العمر وفي الايام المعهود في عرف الناس ايام الاسبوع فكانت
الجمعة هي المرادة وفي الشهور المعهود شهور السنة فكانت السنة ولا معهود في الجمع والسنين
فانصرف يمينه الى جميع العمر ولو قال جمعا او قال سنين بالتنكير يقع على ثلاثة من ذلك بالاتفاق
ولو قال اول يوم من اخر الشهر يقع على السادس عشر من الشهر لانه اول يوم من اخر الشهر
ولو قال اخر يوم من اول هذا الشهر يقع على الخامس عشر من الشهر لانه اخر يوم من اول
هذا الشهر يقع على الخامس عشر من الشهر لانه اخر يوم من اول الشهر نقله في الاجناس عن
نوادر ابن شجاع قوله لانه يزيد وعليها اي لان الشهر يزيد ويرد على اثني عشر وكان القياس
ان يقول لا يزاد ويرد عليه لكن اول المذكور في الاول والافراد في الثاني فافهم قوله
ومن قال لعبده ان خدمتني اياما كثيرة كانت حرا وهذه مسئلة الجامع الصغير قال ابو حنيفة
اكثر الايام عشرة وقالا سبعة لان ايام الاسبوع سبعة وما زاد عليها تكرار فيكون الايام
الكثيرة سبعة ولابي حنيفة رضي الله عنه ان اكثر عدد يضاف الى الايام عشرة فبعد ذلك
لا يسمى اياما يقال ثلاثة ايام الى عشرة ايام ثم يترك ذكر الايام فيقال احد عشر يوما ومائة
يوم والف يوم قال الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير من المتاخرين من قال هذا
الاختلاف بناء على لسانهم اما بلساننا فينصرف الى ايام الجمعة بلا خلاف وعلل صاحب الهداية
بقوله لانه يذكر بلفظ الفرد دون الجمع وفي التعليل نظر لان لفظ الفرد بالفارسي
لا يخلو من احد الامرين اما ان يفهم منه معنى الجمع ام لا فان فهم ينبغي ان يكون العربي
والفارسي سواء وان لم يفهم ينبغي الا يكون الاسبوع مرادا ايضا

باب اليمين في العتق والطلاق

قدم هذا الباب على غيره لكثرة وقوعه في حلف الناس
فكان بيانه اهم باعتبار الكثرة قوله ومن قال لامراته اذا ولدت ولدا فانت طالق فولدت
ولدا ميتا طلقت وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة قال وكذلك الامة تعتق به اذا
علق عتقها به وذلك لان شرط الطلاق او العتق ولادة الولد وقد وجد الشرط لان
الولد الميت ولد حقيقة وشرعا اما حقيقة فظاهر واما شرعا فلان المراة تنقضي عدتها
به وتصير نفساء وتصير الامة به ام ولد الا ترى انه يجيء في الاخرة ويرجى شفاعته بدليل
ما روى ابو عبيد في حديث النبي عليه السلام ان السقط يظل محبنطئا على باب الجنة
والمحبنطي يروى بغير همز وبهمز فعلى الاول معناه المتغضب المستبطي للشيء وعلى الثاني
معناه العظيم البطن المنتفخ يعني يتغضب وينتفخ بطنه من الغضب حتى يدخل ابواه الجنة

قال

قال الحاكم في الكافي اذا قال لها اذا ولدت ولدا فانت طالق فاسقطت سقطا
قد استبان بعض خلقه طلقت الا ترى ان العدة تنقضي بمثله وتصير الامة بمثله
ام ولد فان لم يستبن خلقه لم يقع به طلاق ولم تنقض به عدة ولم تصر به ام ولد الى
هنا لفظ الحاكم كتبته بعينه للتبرك قوله ولو قال اذا ولدت ولدا فهو حر
فولدت ولدا ميتا ثم اخر حيا عتق الحي وحده عند ابي حنيفة وقالا لا يعتق واحد
منهما وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة لهما ان شرط الحرية ولادة الولد
وقد تحققت الولادة لكن الولد الميت لما لم يكن محلا للحرية انحلت اليمين لا الى جزاء
كما اذا قال لعبده اذا دخلت الدار فانت حر فباعه فدخل الدار تنحل اليمين لا الى جزاء حتى
اذا اشتراه فدخل الدار لا يعتق وكذا اذا قال لامراته ان دخلت الدار فانت طالق فابانها
وانقضت عدتها ثم دخلت الدار تنحل اليمين لا الى جزاء حتى اذا تزوجها ثم دخلت الدار لا
تطلق ولابي حنيفة رضي الله عنه ان الولد وان لم يكن موصوفا بالحياة افصاحا موصوف
بها دلالة وكانه قال اذا ولدت ولدا حيا فهو حر لان الحرية عبارة عن قوة حكمية
تثبت في المحل بحيث تدفع مسيلة الغير عليه والميت ليس باهل للقوة الحكمية المذكورة فكانت
الحياة شرطا في الولد لهذا المعنى لان الحرية من اوصاف الحي فيعتق الولد الثاني لانه هو
الحي بخلاف ما اذا قال لامراته اذا ولدت ولدا فانت طالق او قال لامته اذا ولدت
ولدا فانت حرة فولدت ولدا ميتا يقع الطلاق والعتق لان ولادة الولد ثمة شرط
الطلاق او العتق وكل واحد منهما مستغن عن حياة الولد فلم يكن حياته شرطا وهذا
معنى قوله بخلاف جزاء الطلاق وحرية الام قوله لانه لا يصلح مقيدا اي لان جزاء
الطلاق وحرية الام لا يصلح مقيدا للحياة لاستغنائها عن حياة الولد ولهذا اذا وصف
الولد بالموت صريحا وعلق الطلاق وحرية الام به وقال اذا ولدت ولدا ميتا فانت
طالق او قال فانت حرة كان صحيحا قوله واذا قال اول عبد اشتريه فهو حر
فاشترى عبدا عتق وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة والاصل ان الاول اسم
لفرد سابق لا يشاركه غيره فيه فالذي اشتراه فرد سابق فيعتق اما اذا اشترى عبدين
بصفقة ثم اشترى عبدا اخر لا يعتق احد منهم لان التفرد لم يوجد في العبدين
والسبق لم يوجد في العبد وان قال اول عبد اشتريه وحده فهو حر عتق الثالث
وهي مسئلة الجامع الكبير لان اليمين تناولت الاول الموصوف بصفة التوحد
والثالث هو الاول المتوحد في الشراء بخلاف ما اذا قال اول عبد اشتريه واحدا
فاشترى عبدين ثم اخر لا يعتق احد منهم ذكرها العتابي في شرح الجامع الكبير لانعدام
الاولية لان العبدين ليسا بفرد والعبد ليس بسابق والفرق بين قوله وحده وبين
قوله واحدا ان الواحد يقتضي الانفراد في الذات ووحده يقتضي الانفراد في الفعل
المقرون به الا ترى انه لو قال في الدار رجل واحد كان صادقا اذا كان معه صبي
او امراة بخلاف ما اذا قال في الدار رجل وحده كان كاذبا اذا كان معه صبي او امراة
قوله وان قال اخر عبد اشتريه فهو حر فاشترى عبدا ومات لم يعتق وهذه من
مسائل الجامع الصغير المعادة ايضا وذلك لان الاخر اسم لفرد لاحق والعبد الذي
اشتراه ليس بلاحق لغيره لانه لم يسبقه احد في الشراء فلا يكون اخرا فلا يعتق

لعدم الشرط ولانه اول فلا يكون اخرا لانه ليس من صفات المخلوقين ان يكون الواحد اولا واخرا
وانما هو من صفات البارى جل وعلا اما اذا اشترى عبدا ثم عبدا ثم مات عتق الثاني لانه
موصوف في الاخرية لان الاخر اسم لفرد لاحق لا يشاركه غيره فيه والثاني بهذه الصفة
فيعتق لكن يعتق عند ابي حنيفة من يوم اشتراه حتى يعتبر من جميع المال اذا كان الشرا
وقت الصحة وعندهما يعتق يوم مات المولى حتى يعتبر من الثلث وجه قولهما ان شرط الحرية
كون العبد اخرا ولا يتحقق الاخرية الا بعدم شرا غيره فصار كانه قال ان لم اشتر عليك
عبدا اخر فانت حر فلو قال هكذا لا يعتق الثاني ما دام المولى حيا لان الياس عن الشرا
لا يتحقق الا بالموت وانما يعتق قبيل الموت بلا فصل فكذا ههنا ووجه قول ابي حنيفة ان
بالموت عرف ان العبد الثاني هو اخر عبد اشتراه فيثبت العتق مستندا من وقت الشرا
لوجود شرط العتق من ذلك الزمان بخلاف ما قاسا عليه لان ثمه جعل شرط العتق عدم
الشرا وعدمه لا يتحقق الا بالموت فلهذا اقتصر على الموت وفي مسئلتنا جعل شرط العتق
كون العبد اخرا وقد تبين الاخرية بموت المولى من وقت الشرا الا انا كنا ما نحكم بانه اخر
قبل موت المولى لاحتمال ان يشتري اخر فبالموت تحقق ان الثاني هو الاخر كما اذا قال لامراته
اذا حضت فانت طالق فرات الدم لا نحكم بانها طالق لاحتمال الانقطاع فاذا دام ثلاثة
ايام فحينئذ نحكم بانها طلقت من اول ما رات لزوال الاحتمال **قوله** وعلى هذا الخلاف
تعليق الطلقات الثلاث به اي بوصف الاخرية او بلفظ الاخر بان قال اخر امراة
اتزوجها فهي طالق ثلاثا فتزوج امراة ثم امراة ثم مات تطلق الثانية من حين تزوجها
ولا ترث وعندهما تطلق في اخر حياة الزوج ويصير الزوج فارا فترث المراة **قوله**
وفايدته اي فايدة هذا الخلاف **قوله** ومن قال كل عبد بشرني بولادة فلانة فهو حر
فبشره واحد بعد واحد وانما يعتق الاول لا غير لان البشارة خبر يراد بها خبر سار ليس
عند المخبر علمه والخبر بهذه الصفة حصل من الاول دون غيره فيعتق الاول خاصة
لوجود شرط الحرية فيه ولهذا يكرم الاول بالعطية خاصة في العرف قال فخر الاسلام
روي ان النبي صلى الله عليه وسلم مر بابن مسعود رضي الله عنه وهو يقرا القران فقال
من احب ان يقرا القران غضا كما انزل فليقرا بقراة ابن ام عبد فابتدر اليه ابو بكر
وعمر للبشارة فسبق ابو بكر ثم اتبعه عمر فكان ابن مسعود متى ذكره قال بشرني به
ابو بكر واخبرني به عمر بخلاف ما اذا بشروه معا حيث يعتق الجميع لتحقق الشرط في
الجميع الا ترى الى قوله تعالى فبشروه بغلام حليم كيف حقق البشارة في الجميع قال
الحاكم وان قال عنيت واحدا لم يدين في القضا واما فيما بينه وبين الله فيسعه ان
يختار منهم واحدا فيمضي عتقه ويمسك البقية يقال بشرته باليخيف بشرا وبشارة
بفتح البا وبشرته تبشيرا اما البشارة بكسر البا فهي بمعنى البشرى اسم لما يبشر به ثم البشارة
في اللغة تكون بالخير والشر جميعا الان في العرف يستعمل فيما يسر دون الحزن ومن هذا
قال صاحب الهداية ويشترط كونه سارا في العرف والبشرة ظاهر الجلد يقال عنا ان
مبشرا اذا خرج ظاهر جلده ومن ذلك قولهم باشر الرجل المراة اذا الصق بشرته
ببشرتها **قوله** ولو قال ان اشتريت فلانا فهو حر فاشتراه ينوي به كفارة يمينه لم يجزه
وهذه من مسايل الجامع الصغير المعادة ذكرها في المبسوط في باب العتق في الظهار

يعني قال ان اشتريت فلانا فهو حر ثم اشتراه ناويا عن كفارة يمينه لم يجزه عن الكفارة بالاعتاق
وذلك لان عتق العبد وجب عليه بقول كان منه فليس له بعد ذلك ان يصرفه الى غيره حتى
اذا قال هو حر يوم اشتريه وعني به ان يقع عما عليه من العتق ثم اشتراه اجزاه لاقتران نية
الكفارة بالاعتاق الذي هو علة العتق بخلاف الصورة الاولى حيث لم يقترن نية الكفارة بعلة
العتق بل اقترنت بشرط العتق وليس للشرط اثر في ايجاب العتق لان العتق ثبت بقول سابق
وهو قوله فهو حر فصار كانه قال عبدي حر ثم نوى عن كفارة يمينه لا يجوز فكذا هذا **قوله**
لان الشرط قران النية بعلة العتق وهو اليمين فاما الشرا فشرطه اي لا شرط اجزا العتق عن
كفارة اليمين قران النية باليمين التي هي علة العتق لا قرانها بالشرا الذي هو شرط العتق لان
شرط العتق لا اثر له في ايجاب العتق وانما الاثر للاعتاق الذي هو العلة **قوله** وان اشترى
اباه ينوي عن كفارة يمينه اجزاه عندنا وهذه من مسايل الجامع الصغير المعادة ذكرها محمد
في الاصل في باب العتق في الظهار لعلم انه اذا اشترى اباه او اخاه ناويا عن كفارة اليمين او الظهار او الافطار
يجزيه استحسانا وفي القياس لا يجزيه وهو قول ابي حنيفة الاول وزفر والشافعي رحمهم الله وكذلك
على هذا الخلاف اذا وهب له ابوه او تصدق به عليه او اوصي له به وهو ينوي به عن كفارته كذا
ذكر شمس الايمة السرخسي في شرح الكافي وجه القياس ان القرابة المتقدمة هي علة العتق لا الشرا
لان الشرا شرط العتق وانما اقترنت النية بالشرا الذي هو الشرط لا بالعلة فصار كعتقه بيمين
متقدمة بيانه ان الواجب عليه التحرير والشرا ليس بتحرير لمنافاة بينهما لان الشرا استجلاب الملك
والتحرير ازالة الملك والدليل على ان استحقاق العتق بالقرابة ان احد الشريكين اذا ادعى نسبه
يضمن لشريكه نصيبه فيه كما لو اعتقه وحجتنا ظاهر النص وهو قوله تعالى فتحرير رقبة وقوله
عليه السلام للاعرابي حين ساله عن الاهلاك بالوقوع اعتق رقبة بيانه ان التحرير جعل المحل
الموفق حرا كالتبييض والتسويد فانهما عبارتان عن جعل المحل ابيض او اسود وقد وجد
التحرير مقرونا بالنية عما عليه فجاز عنه اما وجود النية فظاهر واما كون الشرا تحريرا
واعتاقا فلما روي اصحابنا رضي الله عنهم في المبسوط وغيره عن النبي عليه السلام انه قال لن يجزي
ولد والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه اي بالشرا بيانه ان رسول الله عليه السلام
جعل الولد معتقا لوالده بالشرا فيكون الشرا اعتاقا لا محالة لان العتق المبتدا لم يوجد
بالاتفاق فلما اشتراه عتق وكلام الرسول يجب صيانته عن الالغا فلو لم يكن الشرا اعتاقا
لزم الالغا ومثله وارد في كلام العرب كما في قولهم سقاه فارواه اي بالسقي يروي ما روي
صاحب السنن باسناده الى سمرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم
فهو حر بيانه انه عليه السلام جعل الحرية جزا للملك والشرا علة الملك فكانه قال من اشترى
قريبه فهو حر فيكون الشرا تحريرا واعتاقا وقد اقترنت النية به فجاز عما عليه وهذا
بخلاف ما اذا ورث اباه ينوي به الكفارة حيث لا يجزيه لان الميراث يدخل في ملك الوارث
بدون صنعه واختياره والتكفير يتادى بالتحرير الذي هو صنعه وفي الاسباب السابقة
اعني الهبة والصدقة والوصية يحصل صنعه وهو القبول لا يقال صرف منفعة الكفارة الى الاب
لا يجوز كما في الطعام والكسوة فينبغي ان لا يجوز صرف منفعة كفارة التحرير اليه لانا نقول
في المقيس عليه لا يجوز صرفه الى غيره وفي المقيس يجوز فكذا ههنا فظهر الفرق **قوله**
ولو اشترى ام ولده لم يجزه وهذه من مسايل الجامع الصغير المعادة قالوا معنى المسئلة ان

يستولد امة الغير بالنكاح ثم يقول لها ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة يميني ثم اشتراها فانها
تعتق لكن لا تجزي عن كفارة اليمين اما العتق فلوجود الشرط المذكور في اليمين السابقة وهو
الشرا واما عدم الاجزاء عن كفارة اليمين فلانها لما استحقت العتق بالاستيلاد لقوله عليه
السلام اعتقها ولدها لم يكن كل العتق مضافا الى الشرا لان الاستيلاد علة العتق من وجه
والواجب عليه عن كفارة اليمين تحرير كامل لا تحرير من وجه دون وجه بخلاف ما اذا قال
لامة الغير ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة يميني فاشتراها حيث تعتق وتجزي عن كفارة
اليمين لان حريتها انضافت الى الشرا فحسب فحصل التحرير الكامل وبخلاف ما اذا اشترى ذا رحم
محرم ناويا بالكفارة حيث تجزي عن الكفارة لان التحرير مضاف الى الشرا فكان الشرا اعتاقا فلا قرابة
وجد التحرير الكامل بالشرا **قوله** فلم تحتمل الاضافة الى اليمين اي اضافة الحرية الى اليمين
لم تحتمل لعدم استحقاق العتق الحرية **قوله** قارنته النية اي قارنت الشرا نية الكفارة **قوله**
ومن قال ان تسريت جارية فهي حرة فتسرى جارية كانت في ملكه عتقت وهذه من مسايل الجامع
الصغير المعادة قال ابو حنيفة في الجامع الصغير ان تسرى جارية كانت في ملكه يوم حلف فهي
حرة وان تسرى جارية اشتراها من بعد لم تعتق وهذا عندنا وقال زفر تعتق في الحالين
وجه قوله ان التسري تصرف لا صحة له الا في الملك فكان ذكر التسري ذكرا للملك فكانه قال ان
ملكت جارية فتسريتها فهي حرة كما اذا قال لاجنبية ان طلقتك فعبدي حر يكون النكاح مذكورا
دلالة لان الطلاق تصرف لا يصح بدون سابقة النكاح فكانه قال ان نكحتك فطلقتك فعبدي حر
ولنا ان ايجاب العتق لم يكن مضافا الى الملك ولم يكن في الملك لان التسري ليس من اسباب الملك
لان التسري عند ابي حنيفة ومحمد عبارة عن ان يبوئها بيتا ويحصنها وان لم يطلب ولدها وعند
ابي يوسف لا يكون تسريا الا بطلب الولد مع هذا والمراد من طلب الولد ان لا يعزل ماءه ولو
لم يفعل لها شيا من هذا ولكن وطئ خادمه فعلقت منه لم تعتق لانه لم يتسرها وكل ذلك من
التبوية والتحصين وطلب الولد ليس بعبارة عن الملك ولكن الملك ثبت مقتضى صحة التسري
والثابت بالاقتضا ثابت ضرورة والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة فلم يظهر
الملك في حق صحة الجزا وهو الحرية فلم يصح اليمين في حق الامة المشتراة وكذلك المسيلة
المنقض عليها حيث ثبت ملك النكاح ضرورة صحة الشرط الذي هو الطلاق فلا يتعدى
الى صحة الجزا حتى لو قال لاجنبية ان طلقتك فانت طالق ثلاثا فنكحها ثم طلقها واحدة لا يقع
الثلاث لان ملك النكاح ثبت اقتضا ضرورة صحة الشرط فلم يظهر في حق صحة الجزا فكان
نظير مسالتنا اما العتق فيما ذكرنا فانما صح لثبوت الملك في العبد في الحال فصح تعليق عتقه
بشرط سوجد فان قلت ان زفر لا يقول بالاقتضاء
ولهذا اذا قال اعتق عبدك عني بالف فاعتق يقع العتق عن المامور عنده لا عن الامر
والمسيلة مشهورة فكيف قال هنا بالاقتضا قلت وهو يقول هنا
بالدلالة لا بالاقتضا وفرق ما بينهما ان الاقتضا يحتاج فيه الى التفكر بخلاف الدلالة فان
الثابت بها يفهم من اللفظ بلا تفكر ولهذا اذا قيل عند فلان سرية يفهم منه في اول الوهلة
ان عنده جارية مملوكة فلا يرد عليه السوال ولين ورد فذلك امر تعلق به لا بنا فنحن
ما التزمنا خلاصه اذا الجي الى الورطة **قوله** وهو شرط ان التسري شرط فيتقيد
بقدره ان يتقدر الملك بقدر الضرورة ذكر الضمير الراجع الى الضرورة بالتذكير

على تاويل الاضطرار **قوله** وفي مسيلة الطلاق اراد بها ما اذا قال لاجنبية ان طلقتك
فعبدي حر انما يظهر في حق الشرط اي يظهر ملك النكاح في حق الطلاق الذي هو شرط لا في
حق الجزا او قد مر بيانه **قوله** فهذه وزان مسيلتنا اي هذه المسيلة وهي قوله ان طلقتك
فانت طالق ثلاثا فتزوجها وطلقها لا تطلق ثلاثا نظير مسيلتنا وهي قوله ان تسريت جارية
فهي حرة لان في كل منهما لم يظهر الملك الثابت ضرورة في حق صحة الجزا ونظير مسيلة زفر
وهي قوله لاجنبية ان طلقتك فعبدي حر اما اذا قال ان تسريت جارية فعبدي حر فاشتراها
فتسراها يعتق العبد كما اذا تزوجها فطلقها يعتق العبد لما ان الملك قايم في العبد في
الحال في الصورتين جميعا فالحاصل ان الملك وقع شرطا للشرط الذي هو الطلاق
او التسري فلا يكون شرطا للجزا فافهم **قوله** ومن قال كل مملوك لي حر
يعتق عبيده ومدبروه وامهات اولاده وهذه من مسايل الجامع الصغير المعادة اذا
قال كل مملوك لي حر يعتق العبيد والاماء المدبرون وامهات الاولاد والا المكاتبين
والمشترك بينه وبين غيره وان نوى انهم عتقوا ايضا كذا في الشامل في قسم المبسوط
ومعتق البعض لا يعتق الا بالنية كذا في شرح الجامع الصغير وان نوى الرجال دون النسا
يصدق فيما بينه وبين الله تعالى ولا يصدق قضا لان لفظ الجمع على صيغة التذكير
يتناول الذكور والاناث جميعا بدليل ظواهر القران وان قال لم انو المدبرين في القضا
خاصة على رواية كتاب العتاق اما على رواية كتاب الايمان فلا يصدق في ديانة وقضا وذلك
لانه اضاف العتق الى مملوك مطلق والملك في المدبرين وامهات الاولاد ملك مطلق كامل
ولهذا يحل استخدامهم وكسبهم واستمتاع المدبرة وام الولد ولا يحل الاستمتاع الا بالملك
المطلق ويجب على المولى صدقة الفطر لاجلهم فلما كان الملك فيهم مطلقا كاملا دخلوا
تحت مطلق قوله كل مملوك بخلاف المكاتب فان الملك فيه ناقص والرق كامل ولهذا
لا يملك المولى استخدامه وكسبه ولا يجب عليه صدقة الفطر لاجله ولا يحل له وطي
المكاتبة فكان المكاتب مملوكا من وجه دون وجه لان المولى مالك له رقبة لا يدا فلم يدخله
تحت مطلق الكلام كالمختلعة لا يتناولها مطلق قوله كل امراة لي طالق ومعتق البعض
مكاتب عند ابي حنيفة الا اذا نوى المكاتب ومعتق البعض حيث يصح نيته لانه شدد
الامر على نفسه **قوله** فاختلت الاضافة اي اضافة الملك الى المكاتب **قوله** ومن
قال لنسوة له هذه طالق او هذه وهذه طلقت الاخيرة وله الخيار في الاوليين وهذه
من مسايل الجامع الصغير المعادة ذكرها محمد في الباب الطويل من كتاب الطلاق وذلك
لان كلمة او لاحد الشيين وقد دخلت بين الاولى والثانية فاقتضت طلاق احداهما غير
عين وله الخيار في تعيين احديهما ثم قال وهذه في المرة الثالثة بحرف الواو وطلقت الاخيرة
لان الواو للجمع بين المعطوف والمعطوف عليه وقد جمع بين الاخيرة واحدى الاوليين في
الطلاق فيكون الاخيرة طالقا بلا شك لعدم دخول كلمة الشك فيها وانما الشك في احدى
الاوليين فله الخيار في التعيين يوقعه على ايهما شا فصار كانه قال احداكما طالق وهذه
وكذا الحكم فيما اذا قال هذا احرا وهذا احر وهذا اعتق الاخير بلا شك وله الخيار
في تعيين احد الاوليين فان قلت لم لا يكون الشك في
الثالثة ايضا لان الواو للجمع وقد جمع الثالثة مع الثانية وفي الثانية شك فينبغي

ان يقع الشك في الثالثة ولهذا قال زفر والعتق لا يقع في الحال شيء ويخير بين ان يوقع على الاولى
او على الاخيرتين كما اذا قال هذه طالق او هاتان ذكر قولهما في جامع العتابي قلت
نعم انها للجمع لكنه ذكر الثالثة بعد وقوع الطلاق على احدى الاوليين غير عين فاقتضت
الجمع بين طلاق الثالثة وبين طلاق احدى الاوليين فصارت الثالثة مرادة بايجاب
الطلاق وكذا العبد الثالث فكانه قال احداكما طالق وهذه او احداكما حر وهذا قال
الحاكم الشهيد في الكافي اذا قال انت طالق ثلاثا وفلانة او فلانة فالاولى طالق والخيار في
الاخريين **قوله** لان العطف للمشاركة في الحكم فيختص بمحله اي يختص العطف بمحل
الحكم ومحل الحكم المطلقة من احدى الاوليين فكانت الثالثة طالقا لان الواو تقتضي
الاشتراك في الحكم والحكم هنا هو الطلاق ونظير هذا ما ذكره في كتاب الاقرار لو قال
لفلان علي الف او لفلان وفلان كان نصف الالف للثالث والنصف الاخر ان شاء المقر له
جعله للاول وان شاء جعله للثاني والله اعلم

باب اليمين في البيع والشراء والتزوج وغير ذلك

اي من الطلاق والعتاق والضرب كما اذا قال
لا يطلق ولا يعتق ولا يضرب فامر غيره بذلك ونجيء بيانه ان شاء الله قيل لما كانت التصرفات
في الايمان في هذه الاشياء اكثر وقوعا بالنسبة الى اليمين في الحج والصلاة والصوم قدم هذا
الباب على باب اليمين في الحج **قوله** ومن حلف لا يبيع او لا يشتري او لا يواجر فوكل من
فعل ذلك لم يحنث وهذه مسئلة القدوري والاصل هنا ان الفعل اذا كان يتعلق حقوقه
بالمباشر لا يجعل فعل المامور كفعل الامر كما اذا حلف لا يبيع ولا يشتري او لا يواجر او لا
يستاجر او لا يقاسم فامر به غيره ففعل لا يحنث لان شرط الحنث وهو عقد الحالف على هذه
الاشياء لم توجد منه وانما وجد من المامور ولم يجعل فعله كفعل الامر لان الحقوق تتعلق
بالمامور خاصة ولهذا يحنث المامور في فعل هذه الاشياء اذا كان حالفا الا اذا كان الحالف
ممن لا يلي ذلك بنفسه كالقاضي والسلطان ونحوهما فحينئذ يحنث بفعل المامور او نوى
الحالف ان لا يامر غيره فحينئذ يحنث ايضا بفعل الوكيل لان فيه تشديدا او تغليظا على
نفسه واذا كان لا يتعلق الحقوق بالمباشر بل بالامر ولم يكن له حقوق فحينئذ يكون
فعل المامور كفعل الامر كالنكاح والطلاق والكتابة والضرب والذبح والغسل والقتل
والصدقة والكسوة وقضاء الدين والاقتضاء والخصومة والشركة بان حلف لا يشارك
فلانا فامر غيره فعقد مع فلان عقد الشركة نيابة عنه ويحنث الامر بفعل المامور
في هذه الصور وفي الصلح روايتان اذا حلف لا يصالح مع فلان فوكل رجلا بالصلح معه
لا يحنث هذه رواية الامالي وجعل في السير الكبير الصلح عن دم العمد كالنكاح قال
الحاكم الشهيد في الكافي وان حلف ليضربن عبده او ليخيطن ثوبه او ليبنين داره فامر
غيره ففعل بر في يمينه الا ان يعني ان يليها بيده ولو حلف على حر ليضربنه فامر غيره فضربه
لم يبر حتى يضربه بيده وليس هذا كالعبد واما السلطان او القاضي اذا قال لاضربنه
فامر غيره فضربه بر الا ان ينوي بيده فيدين في القضاء وقال في نوادر هشام اذا امر
زوجه غيره امراة بغير اذن الحالف ثم ان الحالف اجازه قال محمد لا يحنث وفي مسائل اهل
البصرة فيما كتبوا الى محمد بن الحسن اذا حلف لا اتزوج فوكل وكيلا بالنكاح انه لا يحنث
وهو خلاف الاصل كذا ذكر الناطفي في الاجناس **قوله** لانه يمنع نفسه عما يعتاده

اي لان ذا سلطان كالقاضي ونحوه اذا منع نفسه عن الفعل منعها عما هو عادة له في ذلك
الفعل فاذا حلف لا يبيع ولا يشتري فكانه قال لا امر بالبيع ولا امر بالشراء بدلالة
الحال فيحنث في يمينه بفعل المامور وسلطان كل حدثه وسطوته ومنه اشتقاق السلطان
كذا قال ابن دريد **قوله** ومن حلف لا يتزوج او لا يطلق او لا يعتق فوكل بذلك حنث
وهذا لفظ القدوري في مختصره وانما حنث بفعل الموكيل لان حقوق العقد راجعة
الى الموكل ولهذا يضيف العقد الى الموكل لا الى نفسه وانما الوكيل سفير فكان لسان الوكيل كلسان
الموكل فكان الموكل فعله بنفسه وان قال عنيت ان لا افعل بنفسي صدق ديانة لانه نوى شيئا هو
يحتمله لفظه فيصح بينه والله تعالى عالم الغيب والشهادة يعلم من ضميره ما لا يعلمه غيره ولا يصدق
قضاء لانه خلاف الظاهر وان كان محتملا **قوله** اليه اي الى الوكيل به اي بلفظ التزوج
والطلاق والعتاق **قوله** وسنشير الى المعنى في الفرق اراد به قوله في الحنث ووجه الفرق
ان الطلاق ليس تكلم بكلام يفضي الى وقوع الطلاق عليها الى اخر ما قال **قوله** ولو حلف لا يضرب
عبده او لا يذبح شاته فامر غيره ففعل يحنث في يمينه وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة وذلك لان
الفعل ينسب الى الامر وليس فيه حقوق تتعلق المامور ومنفعته تعود الى الامر لان العبد يكون له
موتمرا بامر المولى فكان فعل المامور كفعل الامر ولو قال عنيت ان لا افعل بنفسي صدق قضاء
وديانة بخلاف النكاح والطلاق والعتاق فانه اذا عنى ان لا يفعل بنفسه لا يصدق قضاء والفرق
ان في تلك الصورة ادعى خلاف الظاهر لان هذه الاشياء امور شرعية يظهر اثرها في المحل فالامر
بها كالتكلم بها سواء واذا نوى التكلم بها خاصة كان مدعيا خلاف الظاهر لانه نوى الخصوص من العموم
فلم يصدق قضاء بخلاف ضرب العبد وذبح الشاة فانه امر حسي يعرف باثره ولا يحتاج فيه الى الامر
حتى يكون ضربا او ذبحا فانه اذا ضرب عبد الغير او ذبح شاة الغير يسمى ذلك ضربا او ذبحا
وان وقع بغير امر وانما نسبة الفعل الى الامر بسبيل التسبب مجازا فاذا نوى ان لا يفعل ذلك بنفسه
صدق قضاء لانه نوى حقيقة كلامه قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير ولا خلاف
في هذه المسئلة الا انه روي في الكتاب عن ابي يوسف ومحمد خاصة ولم يرو عن ابي حنيفة
خلاف هذا اراد بالكتاب الجامع الصغير **قوله** ان لا اتولى ذلك اي ضرب العبد او ذبح
الشاة **قوله** ينتظمهما اي اللفظ ينتظم التكلم بذلك والامر بذلك اي بالطلاق والعتاق والنكاح
قوله ومن حلف لا يضرب ولده فامر انسانا فضربه لم يحنث في يمينه وهذه المسئلة مذكورة
في بعض نسخ الجامع الصغير دون البعض وانما لم يحنث الحالف بضرب المامور لان منفعة
الضرب تتعلق بالولد لان المقصود من ضربه ان يتادب ويسلك الطريقة المستحسنة ويختار
السير الصالحة ويجانب الافعال المستقبحة ويترك الهوى والشهوة فذلك منفعة خالصة للولد
وان كان فيه منفعة للوالد ايضا ضمنا فلم يجعل ضرب المامور كضرب الامر بخلاف ضرب
العبد فان منفعته ترجع الى المولى فان المقصود منه ان ينقاد الى المولى ويائتمر باوامره ولا
يخالفه فكان ضرب المامور كضرب المولى فيحنث بضرب المامور بقال ثقفت الرمح فتثقف
اي سويته فاستوى **قوله** ومن قال لغيره ان بعت لك هذا الثوب فامراته طالق فدس المحلوف
عليه ثوبه في ثياب الحالف فباعه ولم يعلم لم يحنث وهذه من خواص مسائل الجامع الصغير والاصل
في معرفة ذلك ان يعرف ان اللام قد تكون للتمليك كقولهم المال لزيد وقد تكون للتعليل
وهو المبني عن اين الباعث على الفعل كقولهم فعلت هذا الامر لا ابتغاء مرضاتك اي لاجل ابتغاء

مرضاتك فلما كان مشتركا يجب صرفه الى احد الوجهين لوجود المرجح تغيير نظامه والاصل
الاخر ان كل فعل يجري فيه الوكالة قد يفعله الفاعل تارة لنفسه وتارة لغيره وما لا يجري
فيه الوكالة لا يفعله لغيره فتعين اللام فيه للملك فاذا عرفنا هذا فنقول اذا قال لغيره
ان بعت لك هذا الثوب فامراته طالق فدس المحلوف عليه ثوبه في ثياب الحالف فباعه
فلم يعلم لم يحنث لان المعنى ان بعت لاجلك هذا الثوب لانا لو جعلناه للتمليك بتغيير نظم
الكلام لان اللام حينئذ تصير صلة للثوب والصلة لا يتقدم على الموصول فلا بد من
التقدير فيه بان يقال معناه ان بعت ثوبا لك وقد مر ان تصحيح الكلام مع مراعاة نظم
الكلام اولى من تصحيحه مع تغييره فقلنا معناه ان بعت لاجلك ثوبا لئلا يتغير النظم
ولم يوجد البيع لاجل المحلوف عليه لعدم امره فلم يحنث اما اذا قال ان بعت ثوبا لك يحنث
سواء باعه بامره او بغير امره لان اللام ذكرت عقيب الثوب فكانت للتمليك فكان شرط الحنث
بيع ثوب مملوك لفلان لا البيع لاجله وقد وجد بيع الثوب المملوك لفلان سواء وجد
الامر او لم يوجد وكذا الحكم في كل بيع يجري فيه الوكالة اذا قدم اللام على العين يكون
للتعليل وان اخر يكون للتمليك مثل قوله ان خطت لك قميصا او قميصا لك او ان صغت
لك حليا او حليا لك او ان اشتريت لك جارية او جارية لك او استاجرت لك دارا او دارا لك
او ان بنيت لك دارا او دارا لك ونحوه لو قال فيما لا يجري فيه الوكالة ان ضربت لك عبدا
او ان ضربت عبدا لك او ان مسست لك ثوبا او مسست ثوبا لك او دخلت دارا لك او ان
اكلت لك طعاما او اكلت طعاما لك او شربت لك شرابا او شربت شرابا لك يحنث سواء قدم
اللام او اخر وسواء فعل بامره او بغير امره لان هذه الاشياء لا تجري فيها الوكالة اذ
ليس لهذه الاشياء عهدة يرجع بها المامور على الامر فيكون اللام للملك اذا لم يكن له نية
ولو نوى غير ذلك يصح نيته لانه نوى ما يحتمله كلامه قال الشيخ ابو المعين النسفي في
شرح الجامع الكبير وكلا الفصلين في القياس سواء لكن الاغلب انه اذا قدم قوله
لك في فعل يجري فيه التوكيل يراد به الفعل لاجله وهي لام التعليل واذا اخره
يراد به لام التمليك وفي فعل لا يجري فيه التوكيل الاغلب ان المراد لام التمليك سواء قدم او
اخر فاجري الباب على ما عليه اغلب كلام الناس **قوله** فدس المحلوف عليه يقال دس
الشيء في الشيء اي اخفاه فيه يدسه بالضم دسا **قوله** لان حرف اللام دخل على البيع فيقتضي
اختصاصه به يعني ان اللام لما كانت مقرونة بالبيع والبيع من الافعال التي تملك بالعقد
اقتضت ان يكون البيع مختصا بالمحلوف عليه بان يقع فعل البيع للمحلوف عليه ووقوعه له
بان يبيعه بامر المحلوف عليه ولم يوجد البيع بامره فلا يحنث بخلاف ما اذا قال ثوبا لك
حيث يحنث اذا باعه بامره او بغير امره ولا يشترط العلم بذلك لان اللام لما قرنت بالعين
وكانت اقرب الى العين من الفعل اقتضت اختصاص العين بالمحلوف عليه والاختصاص
بان يكون العين ملكا للمحلوف عليه **قوله** ونظيره اي نظير البيع الصياغة والخياطة
وقد مر نظائره **قوله** فلا يفترق الحكم فيه في الوجهين اي لا يفترق في حكم الحنث فيما لا
يجري فيه النيابة كالاكل والشرب وضرب الغلام بل يحنث اذا فعله سواء كان بامره
او بغيره في الوجهين اعني فيما اذا قدم اللام او اخر **قوله** ولو قال هذا العبد حر ان
بعته فباعه على انه بالخيار عتق وهذه من خواص الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن

يعقوب

يعقوب عن ابي حنيفة في رجل قال عبدي هذا حر ان بعته فباعه على ان البايع بالخيار ثلاثة ايام
قال يعتق وكذلك لو قال عبدي هذا حر ان اشتريته فاشتراه على انه بالخيار فانه يعتق
اما العتق في الفصل الاول فلان شرط الحنث وهو البيع قد وجد حال قيام الملك في
العبد لان خيار البايع يمنع زوال المبيع عن ملكه فنزل الجزاء وهو الحرية واما في الفصل
الثاني فكذلك لان شرط الحنث قد وجد والملك قايم للمشتري في المشترى فينزل الجزاء هذا
في قولهم جميعا لكن على اصل ابي حنيفة ومحمد ظاهر لان خيار المشتري لا يمنع ثبوت الملك
للمشتري عندهما اما عند ابي حنيفة رضي الله عنه فانه وان كان يمنع ثبوت الملك للمشتري
لكن المعلق بالشرط كالمنجز عند وجوده ولو نجز المشتري العتق في هذه الصورة ينفسخ
الخيار ويثبت الملك سابقا على التنجيز فكذا في تعليق العتق بالشراء اذا وجد الشراء يكون
كانه نجز العتق حالة الشراء بخلاف قوله ان ملكتك فانت حر فاشتراه على انه بالخيار لا يعتق
لان شرط الحنث وهو الملك لم يوجد لان المشتري اذا كان بالخيار لم يملكه عند ابي حنيفة فلم ينزل
الجزاء وبخلاف ما اذا اشترى ذا رحم محرم منه بالخيار حيث لا يعتق على قول ابي حنيفة لعدم
الملك لان الخيار من المشتري مانع لتملكه **قوله** ومن قال ان لم ابع هذا العبد او هذه
الامة فامراته كذا فاعتق او دبر طلقت امراته وهذه من خواص الجامع الصغير وصورتها
فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل قال ان لم ابع هذا العبد فامراته طالق ثلاثا
فاعتقه او دبره قال امراته طالق ثلاثا وقال وكذلك في الجارية يعتقها او يدبرها ه
والمسئلة بحالها اما في الفصل الاول وهو ما اذا قال ان لم ابع هذا العبد فانما طلقت
المراة لانه جعل شرط الحنث عدم البيع وقد تحقق العدم بالاعتاق والتدبير لفوات
العبد قبل البيع فان قلت سلمنا ان احتمال البيع لم يبق بالاعتاق
ولكن لا نسلم انه لم يبق بالتدبير لانه يجوز فسخ التدبير بقضاء القاضي ويجوز بيعه بعد ذلك
قلت ذاك موهوم فلا يعتبر ولان جواز البيع انما يكون بعد
فسخ التدبير لا قبله وقبل الفسخ هو مدبر لا يجوز بيعه فلما لم يحتمل البيع حينئذ وجد
الشرط فنزل الجزاء ثم اذا حصل الفسخ بعد ذلك لا يرتفع الطلاق الواقع لانه لا يقبل
فيه واما في الفصل الثاني وهو ما اذا قال ان لم ابع هذه الجارية فانما طلقت المراة لتحقق
الشرط ايضا لان كونها محلا للبيع قد فات بالاعتاق والتدبير لا يقال لا نسلم ان محل البيع ه
فات اذ من الجائز ان ترتد الجارية فتلحق بدار الحرب فتسبى فتملك فتباع لانا نقول
ذلك موهوم فلا نعتبره او نقول ان الحالف عقد يمينه على الملك القايم لا على الملك الذي
سيوجد وعلى اعتبار هذا الملك ارتفع احتمال البيع بالاعتاق والتدبير فقد تحقق
اذن شرط الحنث فنزل الجزاء **قوله** لفوات محلية البيع اي بالاعتاق والتدبير ه
قوله واذا قالت المراة لزوجها تزوجت علي فقال كل امراة لي طالق ثلاثا طلقت هذه
التي حلفته في القضاء وهذه من خواص الجامع الصغير قالوا في شرح الجامع الصغير وعن
ابي يوسف انه قال لا تطلق هذه ومال كثير منهم الى هذا القول لان الزوج اخرج الكلام
جوابا لكلام المراة فينطبق الجواب على السؤال فكانه قال كل امراة لي غيرك تزوجتها
فهي طالق ثلاثا والاستثناء قد يكون دلالة كما يكون افصاحا فتكون المحلفة مستثناة
من عموم اللفظ دلالة فينصرف الطلاق الى غيرها ولان غرض الزوج بهذا الكلام ارضاها

ارضاوها لا ايجاشها وارضاوها بطلاق ضرتها لا بطلاق نفسها وجه ظاهر الرواية ان العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب ولانه زاد على قدر الجواب فيعتبر مبتدئا لا مجيبا لانه لو اراد الجواب لكفى ان يقول ان فعلت ذلك فهي طالق ثلاثا فلما لم يقتصر على ذلك جعل مبتدئا تحرزا عن الغاء الزيادة ولا دليل ان غرض الزوج يتعين في ارضائها جزما لان غرضه كما يحتمل ارضاءها يحتمل ايحاشها ايضا لاعتراضها على الزوج في الامر الذي احله الشارع فلا يلغى عموم اللفظ بالاحتمال ولو نوى غير المحلفة يصدق ديانة لانه يحتمل كلامه لان العام يحتمل الخصوص ولكن لا يصدق قضاء لانه خلاف الظاهر **قوله** وهو بطلاق غيرها اي ارضاؤها يحصل بطلاق غير المحلفة فيتقيد اي يتقيد ارضاؤها به اي بطلاق غيرها **قوله** اعترضت عليه اي على الزوج فيما احله الشرع اي في الشيء الذي احله الشرع وهو التزوج **قوله** ومع التردد لا يصلح مقيدا اي مع تردد الغرض في الايحاش والارضاء لا يصلح الغرض مقيدا للارضاء بها بطلاق غيرها ۵ ۵

باب اليمين في الحج والصوم والصلاة

قدم هذا الباب على باب اللبس لفضيلة العبادة واخره عن الباب المتقدم لقلة وقوع اليمين بالحج والصوم والصلاة **قوله** ومن قال وهو في الكعبة او في غيرها علي المشي الى بيت الله او الى الكعبة فعليه حجة او عمرة ماشيا وقال محمد في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يقول وهو في الكعبة علي المشي الى بيت الله او الى الكعبة قال يلزمه اما حج واما عمرة وقوله وهو في الكعبة من خواص الجامع الصغير المعادة وانما قيد بقوله في الكعبة لان ايجاب الحجة او العمرة لما ثبت بقوله علي المشي الى بيت الله او الى الكعبة مجازا بطريق اطلاق اسم السبب على المسبب صار كونه في الكعبة وفي بقعة اخرى سواء وذلك لان المشي الى البيت سبب للوصول الى الحج او العمرة في الجملة فيصير كانه قال علي حجة او عمرة ماشيا فاذا قال ذلك لزمه فكذا اذا قال علي المشي الى بيت الله ثم اذا اراد الحج يحرم من الحرم ويخرج الى عرفات ماشيا فان ركب يلزمه شاة واذا اراد العمرة يخرج الى التنعيم ويحرم بالعمرة من ثمة لان احرام المكي للعمرة خارج الحرم ولم يذكر محمد انه يخرج الى التنعيم ماشيا او راكبا وقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم جاز له ان يركب وقت الرواح الى التنعيم لان الرواح اليه ليس بمشي الى بيت الله وانما المشي اليه وقت الرجوع وقال بعضهم يمشي وقت الرواح ايضا لان الرواح اليه للاحرام فكان مشيا الى بيت الله اعلم ان ايجاب الحج او العمرة بلفظة المشي الى البيت او الى الكعبة ليس بقياس لان المشي امر مباح ليس بقربة واجبة ولا مقصودة في الاصل لان المقصود من المشي شيء اخر لا نفس المشي فكان القياس ان يبطل النذر به ولهذا لو قال لله علي المشي الى بيت المقدس او الى المدينة لا يلزمه شيء ولو قال علي المشي الى بيت الله وهو ينوي مسجدا من مساجد الله سوى المسجد الحرام لم يلزمه شيء والمسألة في مختصر الكافي للحاكم الشهيد ولو قال علي السفر الى مكة او الذهاب اليها او الركوب اليها لم يلزمه شيء والمشي في القياس سواء الا انه اخذ في المشي بالاستحسان لان اجماع الناس عليه والقياس في معارضة الاجماع متروك فصار تقدير الكلام لله علي حجة او عمرة ماشيا او لله علي ان احرم بحجة او عمرة ماشيا والدليل على هذا التقدير ان حقيقة المشي لم تعتبر ولهذا قالوا اذا ركب يلزمه دم وانما لم يعتبر لان المشي له فضل

قربة بدليل ما روى اصحابنا في كتبهم كفخر الاسلام وغيره عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من حج ماشيا فله بكل خطوة حسنة من حسنات الحرم قيل وما حسنات الحرم قال واحدة بسبعمائة ثم اعلم ان مسائل هذا الفصل على ثلاثة اوجه في وجه يلزمه اما حجة او عمرة في قولهم جميعا وفي وجه لا يلزمه شيء بالاتفاق وفي وجه اختلفوا فيه اما الوجه الذي يلزمه بالاتفاق فهو ما اذا قال لله علي المشي الى بيت الله او على المشي الى الكعبة او على المشي الى مكة وفي رواية النوادر الى بكة وكل ذلك متعارف واما الوجه الذي لا يلزمه شيء بالاتفاق فهو ما اذا قال لله علي الخروج الى بيت الله وكذا اذا ذكر لفظ السعي او السفر او الذهاب او الركوب او الاتيان لعدم العرف واما الوجه الذي اختلفوا فيه فهو ما اذا قال لله علي المشي الى الحرم او الى المسجد الحرام قال ابو حنيفة لا يلزمه شيء وقال صاحباه يلزمه اما حجة او عمرة وجه قولهما ان الحرم والمسجد الحرام يشمل كل واحد منهما البيت فاذا ذكر البيت فاذا ذكر البيت وجب يلزمه فكذا اذا ذكر ما يشمله ووجه قول ابي حنيفة ان في لفظ المشي ليس ما ينبئ عن الحج او العمرة الا ان في النذر بالمشي الى بيت الله او الى الكعبة او الى مكة ثبت الحكم بالاجماع خارجا عن القياس فبقي الباقي على اصل القياس لعدم العرف ولهذا لو قال لله علي المشي الى الصفا او الى المروة او الى بيت بني شيبة لا يلزمه شيء بالاتفاق **قوله** وان شاء ركب واراق دما وذلك لما قال محمد في الاصل بلغنا عن علي بن ابي طالب انه قال من جعل على نفسه الحج ماشيا حج وركب وذبح شاة لركوبه **قوله** التزم ما ليس بقربة واجبة ولا مقصودة في الاصل اراد به المشي وانما هو في الاصل امر مباح ليس فيه معنى القربة وانما كونه قربة باعتبار العارض من حيث انه سبب للوصول الى اداء العبادة فلم يكن مقصودا في الاصل فلما لم تكن القربة مقصودة في المشي كان ينبغي ان لا يلتزم بالنذر كالطهارة لا تلتزم بالنذر لانها ليست بقربة مقصودة لكن ترك به القياس فوجب اما حجة واما عمرة استحسانا بالعرف **قوله** وقد ذكرناه في المناسك اي قبيل كتاب النكاح **قوله** فصار ذكره كذكره اي ذكر كل واحد من الحرم او المسجد الحرام كذكر البيت **قوله** بخلاف الصفا والمروة فانهما منفصلان عنه اي عن البيت يعني انهما ليسا بمشتملين على البيت بل هما منفصلان عنه فلم يكن ذكرهما كذكره **قوله** ولا يمكن ايجابه باعتبار حقيقة اللفظ اي لا يمكن ايجاب التزام الاحرام باعتبار حقيقة لفظ المشي لان اللفظ لم يوضع عليه والعرف ايضا منتف في قوله لله علي المشي الى الحرم او الى المسجد الحرام فلما انتفت الدلالة على الايجاب حقيقة وعرفا امتنع الايجاب اصلا **قوله** ومن قال عبدي حر ان لم احج العام فقال حججت وشهد شاهدان انه ضحى العام بالكوفة لم يعتق عبده وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يعتق وهذه من الخواص قال صاحب المختلف بعدما ذكر قول ابي يوسف مع ابي حنيفة لم يذكر في الجامع الصغير قول ابي يوسف والفقيه ابو الليث ايضا لم يذكر قول ابي يوسف في شرح الجامع الصغير وجه قول محمد ان الشهادة على الاثبات تقبل وهذه شهادة على الاثبات فتقبل وانما قلناه لانهما شهدا باثبات تضحيته هذا العام بالكوفة فيكون له اثباتا لفظا ومن ضرورة تضحيته هذا العام بالكوفة يلزم عدم حجة هذا العام فيعتق

العبد لتحقق الشرط وهو عدم الحج ولان هذه الشهادة يلزم منها ثبوت العتق فكانت الشهادة على الاثبات
معنى فتقبل شهادتهما لقيامها على الاثبات لفظا ومعنى ولان الشهادة على النفي انما لا تقبل لوقوعها عن
غير علم كما اذا شهد انه لم يحج هذه السنة حيث لا تقبل الشهادة بالاتفاق لانه لا يدري انهما شهدا
عن علم ام بنيا الامر على ظاهر العدم اما اذا وقعت الشهادة عن علم والنفي مما يعلم ويحاط تقبل الشهادة
على النفي وفيما نحن فيه كذلك لان التضحية لما ثبت بالكوفة السنة انتفى الحج هذه السنة ضرورة يدل
على هذا ما ذكره في السير الكبير شاهدان شهدا على رجل انا سمعناه يقول المسيح ابن الله ولم يقل
قول النصارى فبانت منه امرأته والرجل يقول انما وصلت به قول النصارى يعني قلت المسيح ابن
الله قول النصارى قال ان الشهادة مقبولة لان ذلك مما يحاط به ويعلم ولهما ان الشهادة على النفي
ليست بمقبولة لانه لا علم للشاهد بذلك وهذه شهادة على النفي في الحقيقة فلا تقبل وانما قلناه لان
اثبات العتق انما يكون اذا تحقق عدم الحج والا فلا فيكون شهادة على النفي ولئن قال الشهادة على
التضحية وهي اثبات فمن ضرورتها يلزم عدم الحج ضمنا والضمنيات لا تعلل قلنا الشهادة على الاثبات
انما تقبل اذا كان مما يدخل تحت القضاء والتضحية لا تدخل تحت القضاء فلا تقبل الشهادة عليها وذلك
لانها لا مطالب لها من جهة العباد فلا تدخل تحت القضاء لانها ان كانت تطوعا فظاهر وان كانت
واجبة فالقاضي لا يجبر عليها فثبت عدم المطالبة فلما انتفت الشهادة على التضحية ثبت لها ما ثبت على
نفي الحج والشهادة على نفي الحج لا تقبل لما قلناه بعد ذلك لا يفرق بين نفي ونفي بان يقال تقبل فيما اذا
كان النفي مما يعلم ويحاط ولا تقبل فيما لا يعلم ويحاط بل لا يقبل في كل النفي تيسيرا ودفعا للحرج عن الناس
ولهذا اذا ادعى رجل على رجل انه غصبه او جرحه يوم كذا فشهد شاهدان ان هذا الرجل في
ذلك اليوم كان في مكان كذا او كذا لا تقبل شهادتهما لان مقصودهما انه لم يجرح ولم يغصب ومسئلة
السير فانت الشهادة فيها على امر ثابت معاين وهو السكوت عقيب قوله المسيح ابن الله فلا يرد
علينا نقضا **قوله** ومن حلف لا يصوم فنوى الصوم وصام ساعة ثم افطر من يومه حنث
وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة وانما حنث بصوم ساعة لوجود حقيقة الصوم
الذي هو الحنث لان الصوم هو الامساك عن المفطرات الثلاث مع النية في وقته وقد وجد
ذلك فانه اذا انتقض الصوم بعد هذا لم ينتقض الحنث لان الحنث لا يكون غير حنث بخلاف
ما اذا قال لا يصوم يوما وهي مسئلة الاصل حيث لا يحنث ما لم يصم من اول النهار الى اخره
لانه وقت فما لم يوجد صوم ذلك الوقت لا يحنث وفيما نحن فيه لم يوقت فوقع على القليل
والكثير وكذا اذا قال لا اصوم صوما لا يحنث ما لم يصم يوما كاملا وهي مسئلة شرح الطحاوي
لانه يراد به الصوم المعتبر شرعا وعرفا وذلك بصوم يوم كامل **قوله** ولو حلف لا يصلي
فقام وركع لم يحنث وان سجد مع ذلك ثم قطع حنث وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة ذكر
فيه القياس والاستحسان في الاصل فقال لا يحنث حتى يصلي ركعة وسجدة استحسانا والقياس فيه
ان يحنث وجه القياس الاعتبار بالصوم فان في الصوم يحنث بمجرد الشروع فكان ينبغي ان يكون
هنا كذلك الا ترى ان الناظر اليه يسميه مصليا حين افتتح الصلاة ووجه الاستحسان ما قالوا في
شرح الجامع الصغير ان الصلاة تشتمل على افعال مختلفة من التكبير والقيام والركوع والسجود
فما لم يات بجميعها لم يحنث بخلاف الصوم فانه عبارة عن الامساك فاذا وجد مجرد الامساك حنث
قال الفقيه لا فرق بينهما في الحاصل لان في الصوم اذا صام ساعة فبعده يتكرر من جنس ما مضى
واذا صلى ركعة فبعده يتكرر من جنس ما مضى واذا صلى ركعة فبعده يتكرر من جنس ما مضى

فصار

فصار صوم ساعة بمنزلة صلاة ركعة بخلاف ما اذا حلف لا يصلي صلاة لا يحنث ما لم يصل
ركعتين لانه يراد بالصلاة في العرف الصلاة المعتبرة شرعا وادنى ذلك ركعتان لورود
النهي عن البتيراء ومما يدل على ان الصلاة لا تكون اقل من ركعتين لكن يكون مصليا بركعة
قوله تعالى واذا كنت فيهم فاقمت لهم الصلاة فسمى الركعتين صلاة ثم قال ولتأت طائفة
اخرى لم يصلوا فليصلوا معك فسماهم مصلين بركعة واحدة قلت لقائل ان يقول ينبغي
ان لا يحنث بمجرد اتيان الركعتين ما لم يات بالقعدة لان الصلاة لا تكون معتبرة بدون
القعدة شرعا قال في التحفة ولو حلف لا يصلي الظهر لا يحنث ما لم يقعد القعدة الاخيرة لان
صلاة الظهر مقدرة بالاربع رجل قال لعبده ان صليت ركعة فانت حر فصلى ركعة ثم تكلم
لا يعتق ولو صلى ركعتين عتق بالركعة الاولى كذا في خلاصة الفتاوى لانه في الصلاة
الاولى لم يصل ركعة لانها بتيراء بخلاف الثانية **قوله** للنهي عن البتيراء قال صاحب المغرب
البتيراء تصغير البتراء تانيث الابتر وهو في الاصل المقطوع الذنب ثم جعل عبارة عن الناقص
والله اعلم

باب اليمين في لبس الثياب والحلي وغير ذلك

قدم باب اللبس على باب القتل والضرب لكثرة وجوده او لكونه مشروعا
بخلاف قتل فلان وضربه **قوله** ومن قال لامرأته ان لبست من غزلك فهو هدي فاشترى
قطنا فغزلته ونسجته فلبسه فهو هدي عند ابي حنيفة وقالا ليس عليه ان يهدي حتى يغزله
من قطن ملكه يوم حلف وهذه من خواص الجامع الصغير لهما ان اليمين لا يصح الا في الملك او مضافا الى سبب
الملك والغزل واللبس ليسا من اسباب الملك فلا يصح اليمين في حق القطن المشترى بعد الحلف وهذا هو
القياس ولابي حنيفة ان العادة الناشئة بين الناس ان المرأة تغزل من قطن زوجها الا نادرا ومبنى الايمان
على العرف والعادة فيكون اليمين معتبرة بالعادة فكانه قال ان لبست من غزلك من قطن املكه فلو
قال هكذا ابتداء يتناول القطن الحادث فكذا هذا ولا نسلم ان الغزل ليس من اسباب الملك الا ترى ان من
غصب قطن انسان وغزله يملكه بالضمان ولهذا يحنث بلبس القطن المغزول المملوك يوم النذر
مع ان القطن المملوك له يوم النذر ليس بمذكور وقت اليمين لكنه اريد ذلك بدلالة العادة فكذا
في المشترى فكانت الاضافة الى غزلها اضافة الى ملكه عادة ثم الهدي اسم لما يهدى الى مكة اي ينقل
اليها للتصدق ثم اذا نذر ان يهدي ثوبا جاز له ان يتصدق به على مساكين مكة وغيرهم ولو نذر
ان يهدي ثوبا جاز له ان يتصدق به على مساكين مكة وغيرهم ولو نذر ان يهدي شاة لا يجوز الا ان
يذبح بمكة ويتصدق به ولو تصدق به حيا لا يجوز ولا يكون هديا حتى يذبح ثم اذا سرق لا شيء
عليه كذا ذكره صاحب الاجناس وذلك لقوله تعالى ثم محلها الى البيت العتيق ولو نذر مما لا
ينقل كالعقار يكون نذرا بالقيمة لتعذر نقل العين **قوله** وذلك سبب لملكه اي الغزل
سبب لملك الزوج **قوله** ولهذا يحنث ايضاح لقوله وذلك سبب لملكه وقد اندرج بيانه فيما
ذكرنا **قوله** ومن حلف لا يلبس حليا فلبس خاتم فضة لم يحنث وهذه من مسائل الجامع الصغير
المعادة وانما لم يحنث بخاتم الفضة لانه ليس من الحلي بدلالة حل استعماله للرجال فلو كان حليا
حرم عليهم كما حرم سائر الحلي بخلاف السوار والخلخال والقلادة والقرط فانه يحنث بلبس
كل واحد منها وان كان فضة لانه لا يحل استعماله للرجال فكان حليا قال فخر الاسلام البزدوي
البزدوي في شرح الجامع الصغير وان كان الخاتم مما يلبسه النساء يجب ان يحنث كذلك قال بعضهم
وقيل لا عبرة بالعادة بل لا يحنث الى هنا لفظه رحمه الله واراد بقوله مما يلبسه النسا

ان يكون خاتم الفضة على هيئة خاتم النساء بان يكون عليه فص قالوا في شرح الجامع الصغير وان كان
الخاتم من ذهب يحنث لانه حلي لانه محرم للرجال لبسه الحلي في اللغة كل ما يلبس من ذهب او فضة
او جوهر كذا قال صاحب الجمهرة لكن لم نقل بان خاتم الفضة حلي لعرف الناس و اطلاق الشرع
للرجال **قوله** ولو لبس عقد لولو غير مرصع لا يحنث عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا
يحنث وهي من مسايل الجامع الصغير الحادة وصورتها فيه وان حلف لا يلبس حليا فلبس لولو
قال لا يحنث الا ان يكون معه ذهب فيحنث قال محمد وكذلك الفضة وقال ابو يوسف ومحمد
اللولو حلي لهما قوله تعالى وتستخرجون منه حلية تلبسونها بانه ان المستخرج من البحر هو
اللولو غير مرصع وقد سماه حلية فيحنث في يمينه لانه لبس حليا والحلي بفتح الحا وسكون اللام
بمعنى الحلية بكسر اللام وجمع الحلي حلي بضم الحا وكسر اللام وتشديد الياء وجمع الحلية
حلى بالكسر والضم وقد جاء ضم الحاء في قليل الاستعمال كما جاء في لحي جمع لحية ضم اللام
ايضا ولابي حنيفة رضي الله عنه ان التحلي باللولو لم يجز في عرف الناس الا مرصعا فلا يعتبر
اللولو وحده حليا فلا يحنث بلبسه وهذا لان مبنى الايمان على العرف لا على الفاظ القران
الا ترى انه لو حلف لا يجلس في السراج فجلس في الشمس لا يحنث وان كان قال الله تعالى وجعل
الشمس سراجا يؤيده ما قال الله تعالى في اول الاية ومن كل تاكلون لحما طريا
فالذي حلف ان لا ياكل لحما اذا اكل لحم السمك لا يحنث لعادة الناس وان سمي في القران لحما فكذا
في اللولو علينا نقول ان الله سماه حلية مجازا باعتبار المال قال فخر الاسلام البزدوي في
شرح الجامع الصغير وقيل على قياس قوله لا باس بان يلبس الغلمان اللولو وكذلك الرجال
وقاس ابو حنيفة اللولو بالذهب والفضة لانه لا يكون حلية الا بصيغة تصاغ فكذا
اللولو لا يكون حليا الا بالترصيع قال الصدر الشهيد فعلى هذا اذا علقت المراة في
عنقها شيا من الذهب غير مرصع لم يحنث قال صاحب المختلف قيل هذا اختلاف زمان
كان لا يتحلى به في زمانه وحده وفي زمانهما كان يتحلى به وحده وقال الفقيه ابو
الليث كل واحد منهم قال على عادة زمانه وقال صاحب الهداية يفتى بقولهما واعتبر
عادة زماننا والترصيع التركيب يقال تاج مرصع بالجواهر كذا ذكره الجوهري وغيره
قوله ومن حلف لا ينام على فراش فنام على فراش وفوقه قرام حنث وهذه مسايل
القدوري الى اخر الباب ذكر مسيلة النوم على الفراش بعد لبس الحلي لان كلا منهما من
اسباب التنعم اعلم ان الاصل هنا ان الشي اذا كان فوق شي فان كان الاعلى يصلح ان يكون
اصلا بنفسه يضاف الجلوس والنوم اليه لا الى الذي تحته وان كان الاعلى تبعا يضاف
الى ما كان تحته فبعد ذلك نقول اذا حلف لا ينام على فراش فجعل فوق الفراش قراما فنام
على القرام حنث لان القرام يستعمل تبعا للفراش فيعد النايم عليه نايما على الفراش اما اذا
جعل على الفراش المحلوف عليه فراش اخر فنام على الفراش الاعلى الذي ليس بمحلوف
عليه لا يحنث لان الاعلى مثل للاسفل فلا يكون تبعا له فيقطع الاعلى نسبة النوم الى الاسفل
وهذا هو ظاهر الرواية عن اصحابنا وهي رواية الجامع الكبير قال صاحب المختلف قال
ابو يوسف في الامالي يحنث لانه نام عليهما جميعا ويقال في العرف ايضا نام على فراشين
واراد بقوله لا ينام على فراش اي فراش معين بدليل قوله ولو جعل فوقه فراش
اخر فنام عليه لا يحنث فلو كان المراد منه منكرا لحنث لانه نام على فراش القرام المنكر

الدقيق كذا في الجمهرة **قوله** ولو حلف لا يجلس على الارض فجلس على بساط او حصير لم يحنث
وذلك لان البساط او الحصير اصل بنفسه فلا يكون تبعا للارض فيقطع البساط او الحصير نسبة
الجلوس عن الارض ولهذا لا يسمى الجالس على البساط او الحصير جالسا على الارض عرفا الا ترى
انهم يقولون اجلس على الحصير ولا تجلس على الارض بخلاف ما اذا جمع ثيابه فجلس على ذيلها لم
يحنث لانه يعد جالسا على الارض ولا يجعل الذيل حاجزا لكونه تابعا للجالس **قوله**
حال بينه وبين الارض لباسه اي صار لباس الحالف حاملا اي حاجزا بين الحالف وبين
الارض **قوله** لانه تبع له اي لان لباس الحالف تبع للحالف **قوله** ولو حلف لا
يجلس على سرير فجلس على سرير فوقه بساط او حصير حنث وذلك لان الجالس على بساط
فوق السرير يسمى جالسا على السرير الا ترى انهم يقولون جلس الامير على السرير وان كان
فوق السرير بساط فيعد ونه تابعا للسرير بخلاف البساط على الارض حيث لا يعدون الجالس
على البساط جالسا على الارض بخلاف ما اذا جعل على السرير المحلوف عليه سريرا اخر فجلس
على الاعلى لا يحنث لان الاعلى مثل الاسفل فلا يكون تابعا للاسفل وفرق ابو يوسف بين هذا
وبين ما اذا نام على فراشين بالعرف لانه يقال نام على فراشين ولا يقال جلس على سريرين
ان كان احدهما فوق الاخر وكذلك الحكم في الدكان او السطح اذا بسط عليه بساط فجلس
عليه يحنث فاذا بني دكانا فوق ذلك الدكان المحلوف عليه او جعل سطحا اخر فوق ذلك
السطح المحلوف عليه فجلس على الاعلى لا يحنث لان الاعلى يقطع النسبة عن الاسفل الا
ترى ان الصلاة على سطح الاصطبل والكنيف مكروهة ولو بني على ذلك سطحا اخر لم يكره
عليه الصلاة كذا قال الشيخ ابو المعين النسفي في شرح الجامع قال الحاكم الشهيد في الكافي وان
حلف لا يمشي على الارض فمشى عليها بنعل او خف حنث وان حلف على بساط لم يحنث وان مشى
على ظهر احجار حنث لانه من الارض

باب اليمين في الضرب والقتل وغيره

قوله ومن قال ان ضربتك فعبدي حر فهو على الحياة وهذه من
خواص الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل
قال لاخر ان غسلتك فعبدي حر فغسله بعد ما مات يحنث هذا على الحياة والممات ولو قال
ان ضربتك فعبدي حر فهذا على الحياة وكذلك الكسوة والكلام والدخول اما الغسل
فانما لا يختص بحالة الحياة لانه يتحقق مقصوده ومعناه في الميت لان صورته هي اسالة الما
على البدن وهي تحصيل في الميت كما تحصل في الحي ومعناه التطهير وازالة الدرن وذلك
يتحقق في الميت واما الضرب فلان حقيقته استعمال الة التاديب في المحل الصالح له والتاديب
لا يتصور في الميت ولان المراد بالضرب الايلام والايجاع والميت لا يتالم فلا يسمى ضربه
ضربا ولا يلزم على هذا عذاب القبر فان الله تعالى قادر على ان يخلق فيه حياة بقدر ما يحس
بالالم وليس للعبد تلك القدرة واما الكسوة فعبارة عن تمليك الثوب في لغة العرب والميت
ليس باهل للتمليك الا ترى الى قوله تعالى او كسوتهم فلو انه كسى عشرة اموات عن كفارة يمينه
لم يجزه لعدم التمليك يؤيده ان الرجل لو قال كسوتك هذا الثوب يصير هبة قال الفقيه ابو
الليث لو كانت يمينه بالفارسية ينبغي ان يحنث لان هذا اللفظ بالفارسية يراد به اللبس
ولا يراد به التمليك واما الكلام فلانه وضع في غير موضعه فلا يعتبر كما اذا كلم فلانا
وهو غايب لا يحنث ولان المقصود من الكلام الافهام والميت ليس باهل الفهم الا ترى

الى قوله انك لا تسمع الموتى والى قوله تعالى وما انت بمسمع من في القبور وكان قلت
جاء في الخبر ان النبي عليه السلام قال يوم بدر قد وجدنا ما وعدنا ربنا حقا فهل وجدتم ما وعد
ربكم حقا فقيل يا رسول الله انهم يسمعون قال نعم يسمعون كما تسمعون قلنا انما اراد به انهم
يعلمون ان الذي قلت لهم حق واما الدخول فلا فلانه يراد به الزيارة الا ترى انه لا يقال
دخل على دابة او دخل على حائط فلما لم يكن الدخول على شيء دخولا عليه اذا لم يكن من اهل
اليمين لم يحنث في يمينه لا يدخل على فلان اذا دخل عليه بعد الموت وهذا لان زيارة عين الميت
لا يكون لان المزور قبره لا عينه الى قوله صلى الله عليه وسلم كنت نهيتكم عن زيارة القبور
الا فزوروها قال في شرح الطحاوي الاصل في هذا ان كل فعل يلذ ويولم ويغم ويسر يقع
على الحياة دون الممات كالضرب والشتم والجماع والكسوة والدخول عليه فان قلت
يرد على ما ذكرت قبل هذا ان المراد بالضرب الايلام قوله تعالى وخذ بيدك ضغثا فاضرب به
ولا تحنث والضغث في اللغة ما جمعته بكفك من نبات الارض فانتزعته قال الشاعر
وجمعت ضغثا من خلا متطيب كذا قال صاحب الجمهرة ولهذا القدر لا يحصل الايلام وقد روي
ايضا في التفسير هو الحزمة الصغيرة من حشيش او ريحان قلت قد روي عن
ابن عباس ان الحزمة قبضة من الشجر فعلى هذا لا يتحقق في الايلام اصلا في ضرب ايوب امرأته
فلا يرد علينا وقد روي في الكشاف عن النبي عليه السلام انه اتي بمخدج قد خبث بامة فقال خذوا
عثكالا فيه مائة شمراخ فاضربوه بها ضربة ولئن تحقق عدم الايلام في ضرب ايوب له
فنقول ذلك ثبت رخصة في حقه خاصة حيث حلل الله يمينه باهون شيء لرضاه عن امرأته له
وحسن خدمتها اياه وكلامنا في العرف فلا يقاس عليه ما ثبت رخصة بخلاف القياس على غيره
قال صاحب الشامل في قسم المبسوط حلف ليضربنه مائة سوط فجمع مائة سوط وضربه
مرة ان اصاب كل جسده لا يحنث في يمينه والا يحنث واستدل بالاية المذكورة قوله
ومن تعذب في القبر توضع فيه الحياة في قول العامة جواب سؤال مقدر اندرج بيانه فيما
قررناه واحترز بقوله في قول العامة عن قول الكرامية والصالحية بانهم لا يشترطون
الحياة شرطا لتعذيب الميت وقد عرف في كتب الكلام قوله ومن حلف لا يضرب امرأته
فمد شعرها او خنقها او عضها حنث وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة وكذلك اذا
قرصها او وجاها ذكره في الاصل وقال بعض مشايخنا ينبغي ان لا يحنث لانه لا يبتغا دفاضرنا
فاجابوا وقالوا ان الضرب اسم لفعل مؤلم يتصل اثره بالمضروب فيولم قلبه فيحنث له
لوجوده في هذه الاشياء قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير هذا اذا كان
في الغضب فاما اذا كان يلاعبها فضربها براسه خطأ منه فاصاب انفها فادماه وآلمها لم
يحنث لان هذا لا يعد ضربا ونقل في التتمة والفتاوى الصغرى عن الفقيه ابي الليث انه
قال هذا في العربية اما اذا كانت بالفارسية لا يحنث بمد الشعر والخنق والعض ونقل
في خلاصة الفتاوى عن المنتقى اذا حلف لا يضرب فلانا فنفض ثوبه واصاب وجهه او
رماه بحجر او نشابة فاصابه لا يحنث قوله ومن قال ان لم اقتل فلانا فامرأته كذا وفلان
ميت وهو عالم بموته لا يحنث وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة اعلم انه اذا حلف على
قتل فلان وهو عالم بموت فلان ينعقد يمينه لتصور البر لانه اذا حلف وهو عالم بموته عقد
يمينه على حياة يحدثها الله فيه وهي ممكنة بالنظر الى قدرة الله تعالى لكنه يحنث في الحال ويجب

عليه

عليه الكفارة لعجزه عادة عن قتله بخلاف ما اذا لم يعلم بموته حيث لا ينعقد يمينه ولا يحنث لانه
انصرفت يمينه الى الحياة القائمة فيه وهي منعدمة فلم يتصور البر فلما لم يتصور البر لم يتصور
الحنث وعند ابي يوسف يحنث كما قال في مسألة الكوز لان تصور البر ليس بشرط عنده وقد
مر تقرير ذلك في مسألة الكوز في باب اليمين في الاكل والشرب قوله وهو عالم به اي ب
موت فلان وهي جملة حالية وهو منصوب اي احداث الحياة في فلان مقصود قوله للعجز
العادي هو منسوب الى العادة والاصل ان الاسم الذي في آخره تاء التأنيث اذا نسب يحذف
منه التاء كما يقال في بصرة بصري وفي كوفة كوفي وقد عرف في موضعه قوله وليس
في تلك المسألة تفصيل العلم اي في مسألة الكوز وهي ما اذا قال ان لم اشرب الماء في الكوز ولم
يعلم بخلاف قتل فلان فانه اذا علم بموته يحنث واذا لم يعلم لا يحنث والفرق قد حققناه
في مسألة الكوز قوله هو الصحيح احترازا عن قول مشايخ العراق فانهم قالوا في مسألة
الكوز هذا اذا لم يعلم اي عدم الحنث عند ابي حنيفة ومحمد فيما اذا لم يعلم بعدم الماء في الكوز فاما
اذا علم فيجب ان يصح يمينه فيحنث نقل قولهم فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير

باب اليمين في تقاضي الدراهم

اخر هذا الباب لكون الدراهم من الوسائل لا المقاصد وتخصيص الدراهم بالذكر
دون الدنانير لكثرة استعمالها بين الناس وتقاضي الدين يعني استقضاءه وهو طلب
قضائه فلما كان التقاضي سببا لقضاء الدين وقبضه ترجم الباب به قوله ومن حلف
ليقضين دينه الى قريب فهو ما دون الشهر وان قال الى بعيد فهو اكثر من الشهر وهذا لفظ
القدوري في مختصره قال الشافعي لا حد لذلك كذا في شرح الاقطع هذا فيما اذا لم ينو فاما
اذا نوى فهو على ما نوى بدليل ما ذكر في الاجناس قال ولو حلف وقال والله لا كلمك قريبا
فهو على اقل من شهر بيوم ثم قال قال ابو حنيفة ان نوى اكثر من شهر يدين في القضاء نقله
في كتاب الايمان املاء رواية ابي سليمان وقال في الفتاوى الولوالجي لو قال لاعطين
حقك عاجلا وهو ينوي وقتا فهو على ما نوى وان نوى سنة لان الدنيا كلها قريب عاجل
ثم اذا لم يكن له نية يراد بالقريب ما دون الشهر وبالبعيد يراد شهر فما فوقه بناء على استعمال
الناس يعدون ما دون الشهر قريبا ولهذا يجعلون في المعاملات ادنى الآجال شهرا فان
قيل ما من زمان الا وهو قريب بالاضافة الى ما فوقه وبعيد بالاضافة الى ما هو دونه
فلم يدل دليل على ارادة البعض دون البعض قلت لا نسلم عدم الدلالة وكيف يقال به
ذلك والعرف دليل عليه ويجب في الايمان ان يحمل اللفظ على ما يعرف بالعرف ولا
يعتبر الاضافة لانه حينئذ يلزم الجمع بين المتنافيين وذلك فاسد قوله ومن
حلف ليقضين فلانا دينه اليوم فقضاه ثم وجد فلان بعضها زيوفا او نبهرجة او مستحقة
لم يحنث الحالف وهذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه وان وجدها رصاصا او
ستوقة حنث وذلك لان الزيوف والنبهرج من جنس الدراهم ولهذا يجوز اخذها في
ثمن الصرف فيبر في اليمين بها سواء حلف على القبض او على الدفع وكذلك قبض الدراهم
المستحقة صحيح ولهذا لو اجاز المالك جاز ولو ضمن له الدافع جاز فبعد ذلك اذا رد الزيوف
او النبهرج او استرد المستحق انتقض القبض في حق حكم يقبل الانتقاض والبر لا يقبل
الانتقاض الا ترى انه لو في المكاتب اذا رد بدل الكتابة بسبب انه زيوف او نبهرج او استرد

البدل بالاستحقاق لا تنتقض العقد فكذا هذا بخلاف ما اذا كانت الدراهم المقبوضة
رصاصا او ستوقة حنث اذا خرج اليوم ولم يستبدل الجياد في اليوم لان القضا لم يقع بها
لانها ليست من جنس الدراهم ولهذا لا يجوز اخذها في ثمن الصرف ولهذا لو وجد مولى
المكاتب بدل الكتابة رصاصا او ستوقة لا يعتق المكاتب كذا قال الشيخ ابو المعين النسفي
وغيره في شرح الجامع الكبير والزيف ما زيفه بيت المال ولكن يروج فيما بين التجار والنبهرج
ما يرده التجار لغش فيه وهو اردى من الزيف والستوقة فارسية معربة ومعناها
ثلاث طاقات لانها صفر مموه من الجانبين بالفضة **قوله** ولهذا لو تجوز به صار
مستوفيا اي تجوز الداين فاخذ الزيف او النبهرج يعني اذا تسامح بقبضه يكون مستوفيا
حقه يقال زافت عليه دراهمه اي صارت مردودة لغش فيها وقد زيفت اي ردت
ودرهم زيف وزايف ودراهم زيوف وزيف وقياس مصدره الزيوف فاما الزيافة
فمن لغة الفقهاء كذا قال صاحب المغرب **قوله** وان باعه بها عبدا او قبضه بر في يمينه
اي باع الحالف المديون رب الدين بالدراهم التي لرب الدين على الحالف عبدا وصورة المسئلة
في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في الرجل يقول ان لم اقبض
دراهمك التي لك علي فعبدي حر فيبيعه بها عبدا ثم يقبضه قال قد قضاه وقد بر وان
وهبها له لم يبر وذلك لان قضا الدين بالمقاصة وقد حصلت المقاصة فيحصل القضاء
فيبر في يمينه بيانه ان حق رب الدين في الدين لا في العين والقضا لا يتحقق في نفس الدين
لانه وصف ثابت في الذمة ولكن ما يقبضه رب الدين من العين يصير مضمونا عليه لانه
قبضه على وجه التملك لنفسه فكان دينا لازما عليه للمديون ولرب الدين على المديون
مثله فالتقى الدينان قصاصا وهذا معنى قول اصحابنا الديون تقضى بامثالها لا باعيانها
ثم قضا الدين يحصل بمجرد البيع قبض الداين العبد او لم يقبض ولكن قيد القبض في
رواية الجامع الصغير وفي نسختنا كذا البيع بالقبض لان المبيع اذا هلك قبل القبض ينفسخ
البيع لكن لا يرتفع البر لانه لا يقبل الانتقاض هذا الذي قلنا في البيع الصحيح اما في
البيع الفاسد اذا قبض العبد فان كان في قيمته وفا بالحق بر والا حنث لانه مضمون
بالقيمة الى هذا اشار الولوالجي في فتاواه قال محمد وان وهبها له لم يبر اي ان وهب الداين
دراهم الدين للمديون لم يبر لان شرط البر القضا ولم يوجد لعدم المقاصة ولان
القضا فعل المديون بالادا والهبة فعل المداين بالابرا فلا يكون فعل احدهما فعلا
للاخر فلا يبر المديون بفعل المداين قال بعضهم في شرحه ناقلا عن الفوايد الظهيرية
اذا لم يبر لم يحنث ايضا عندهما لفوات المحلوف عليه وهو الدين وفوات اليمين عندهما
جهة في بطلان اليمين على ما عرف في مسئلة الكوز ولنا فيه نظر لانه حينئذ يلزم ارتفاع
النقيضين وهو فاسد بمرة لان البر نقيض الحنث فمن وجود احدهما يلزم ارتفاع الاخر
ومن ارتفاع احدهما يلزم وجود الاخر فلا يجوز ان يرتفعا جميعا وفي مسئلة الكوز لا يخلوا
اما ان يكون اليمين موقتة بذكر اليوم او مطلقة عن ذكره فان كانت موقتة لا يحنث
عندهما سوا كان فيه الما فاهريق قبل الليل او لم يكن فيه ما اصلا ولا يقال انه لا يحنث
ولا يبر وان كانت مطلقة فان لم يكن فيه ما اصلا لم يحنث عندهما كما اذا ذكر اليوم لعدم
تصور البر وان كان فيه ما فاهريق قبل الليل حنث بالاتفاق لان البر وجب عليه في الحال

فقوله ان

فبفوات المحلوف عليه حنث وقد مر تقريره ذلك وصاحب الهداية بين مسئلة الجامع الصغير ولهذا
اشار اليه بقوله وكانه شرط القبض ليتقرر به وفي الجامع الصغير لم يذكر اليوم ثم لما حصلت
الهبة فات البر الواجب عليه بقضاء الدين في الحال فيحنث لا محالة بخلاف ما اذا ذكر اليوم
بان قال ليقضين دينه اليوم كما هي مسئلة القدوري ولم يذكر فيها الهبة ومع هذا اذا
وهب الداين الدين في اليوم لا يحنث وهي مذكورة في خلاصة الفتاوى وغيرها لان البر يجب
عليه في الجزء الاخير من اليوم وعند ذلك فات المحلوف عليه كما في مسئلة الكوز اذا ذكر اليوم فاهريق
الما قبل الليل لم يحنث عندهما ولكن لا يقال لم يبر فافهمه حتى تتخلص عن ورطة التقليد الا ترى
الى ما قال الكرخي في مختصره ولو كان الطالب حلف لياخذن ماله او ليقبضنه او ليستوفينه
ولم يوقت فابراه من المال او وهبه له حنث في يمينه لان الهبة والبراة ليست باخذ ولا قبض
ولا استيفا ولو كان وقت وقتا فقال اليوم او الى كذا او كذا فابراه قبل ذلك او وهبه له لم
يحنث عند ابي حنيفة ومحمد اذا جاوز ذلك الوقت ويحنث عند ابي يوسف الى هنا لفظ الكرخي
رحمه الله **قوله** وكانه شرط القبض ليتقرر به اي كان محمد رحمه الله شرط القبض في قوله
وقبضه ليتقرر البيع بالقبض **قوله** وان وهبها له اي وهب دراهم الدين المديون **قوله**
وان وهبها له اي وهب دراهم الدين للمديون **قوله** ومن حلف لا يقبض دينه درهما دون
درهم فقبض بعضه لم يحنث وهذا لفظ القدوري في مختصره قال في الجامع الكبير
اذا كان لرجل على رجل مائة درهم فقال عبدي حر ان اخذتها منك اليوم درهما دون
درهم فاخذ منها خمسة ولم ياخذ ما بقي حتى غابت الشمس لم يحنث لان شرط حنثه اخذ كل المائة على
صفة التفريق فكانه قال ان اخذت المائة متفرقة فلو قال هكذا لا يحنث ما لم يوجد قبض
الكل بصفة التفريق فاما اذا اخذ الكل مجتمعا او قبض البعض متفرقا لم يحنث لانعدام
شرط الحنث ولو قال ان اخذت منها اليوم منك درهما دون درهم فاخذ خمسة دراهم
فلم ياخذ ما بقي حتى غابت الشمس حنث لان شرط الحنث اخذ بعض المائة متفرقا لان كلمة
من للتبعيض وقد وجد شرط الحنث فيحنث **قوله** لان الشرط قبض الكل اي لان شرط
الحنث قبض كل الدين متفرقا **قوله** الا ترى ايضاح لكون الشرط قبض الكل لانه اضاف
القبض الى دين معرف فحيث قال لا يقبض دينه **قوله** فلا يحنث الا به اي بالشرط المذكور
وهو قبض الكل متفرقا **قوله** فان قبض دينه في وزنين لم يتشاغل بينهما الا بعمل الوزن
لم يحنث هذا الذي ذكره القدوري استحسان والقياس ان يحنث كذا ذكر الشيخ ابو المعين النسفي
في شرح الجامع الكبير وذاك لان شرط الحنث قبض الكل متفرقا وقد حصل ذلك لانه لما
وزن خمسين فدفعها اليه ثم وزن خمسين اخرى فدفعها اليه حصل قبض الكل بصفة
التفرق لا محالة ولكنه لا يحنث في الاستحسان لان الناس يعدون هذا قبض الجملة دفعة واحدة
فيقولون قبض فلان حقه دفعة واحدة والمعنى الجامع الموجب للاتحاد وهو المجلس موجود
ولان المال لما كثر لا يمكن قبضه جملة الا بهذا الطريق فصار هذا القدر من التفرق مما لا يمكن
الامتناع عنه فيجعل مستثنى عن اليمين بدلالة الحال لان قصد كل حالف من يمينه البر لا
الحنث ولهذا لو حلف لا يلبس ثوبا وهو لابسه فاخذ في النزع كان زمان النزع مستثنى
ولو حلف لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فاخذ في النقلة كان زمان النقلة مستثنى
واوضح محمد رحمه الله المسئلة بالعدديات فقال الا ترى ان الدين لو كان تباعد ذا بجعل

بعد عشرة عشرة او مائة مائة وبذ فرقها اليه لا يحنث ويجعله قابضا جملة والمعنى كون الامتناع
عنه غير ممكن **قوله** ومن قال ان كان لي الا مائة درهم فامرأته طالق فلم يملك الا خمسين درهما
لم يحنث وهذه من خواص الجامع الصغير وذلك لان شرط الحنث ملك ما زاد على المائة فلم يوجد
الشرط فيما دون المائة فلا يحنث ولانه استثنى المائة فيكون مستثنيا للخمسين ضرورة لان استثناها
لا يكون الا بجميع اجزائها والخمسون من اجزائها وكذا اذا قال سوى مائة او غير مائة لان
كلا منهما يؤدي معنى الا فكان حكمهما حكم الا **مسائل متفرقة** اي هذه مسائل متفرقة قد جرت
عادة المصنفين ان يذكروا ما شذ من المسائل في كل كتاب في اخر ابوابه استدراكا لما فات فلذلك
قال صاحب الهداية مسائل متفرقة **قوله** واذا حلف لا يفعل كذا تركه ابدا وهذا لفظ
القدوري في مختصره وتمامها فيه وان حلف ليفعلن كذا ففعله مرة واحدة بر في يمينه اما
في الصورة الاولى فانما لزمه الترك ابدا لانه نفى فعل ذلك الشيء مطلقا ولم يعينه بشيء دون
شيء فيعم الامتناع عنه ضرورة عملا باطلاق اللفظ ولان النكرة اذا وقعت في موضع النفي
تعم ضرورة وهنا قد وقعت فيعم لان كل فعل يدل على مصدر نكرة اما دلالته على المصدر
فظاهر لدلالته على الحدث واما دلالته على النكرة فلكونها هي الاصل وانما المعرفة بعارض
ثم عموم النكرة في موضع النفي في مثل قولك ما رايت رجلا ضرورة انك نفيت الرؤية عمن يتناوله
اسم رجل شايع في الجنس ولا ذلك الا بعموم النفي جميع الرجال ولهذا لو قلت ما رايت رجلا الا زيدا
وبكرا او خالدا صح الاستثناء فلولا العموم لم يصح الاستثناء فلما ثبت العموم في نفي الفعل في مثل
قوله لا يدخل او لا يشرب او لا يسرق تركه ابدا فاذا فعل بوجه من الوجوه في وقت من الاوقات
حنث وليس كذلك اذا حلف على الاثبات مثل قوله ليصلين او ليصومن او ليحجن او ليتصدقن
فانه اذا وجد منه فعل ذلك الشيء مرة واحدة بر في يمينه لان النكرة في موضع الاثبات لا تعم
فيحنث ادنى ما ينطلق عليه اسم المحلوف عليه سواء فعله مختارا او مكرها او ناسيا او بطريق
الوكالة وهذا معنى قوله فيبر باي فعل فعله لكنه يحنث باليأس عن الفعل واليأس اما بموته
او بفوت المحلوف عليه وهو محل الفعل كما اذا حلف لياكلن هذا الرغيف او ليأتين البصرة فما
دام الحالف والمحلوف عليه قائمين لا يحنث لتصور البر وهو الفعل مرة في العمر فاذا هلك
احدهما حنث لترك البر كذا قال صاحب التحفة وتجب عليه الكفارة ويوصي بها اذا كان
الهالك هو الحالف ومعنى قوله لا يفعل كذا تركه ابدا فيما اذا كانت اليمين مطلقة اما اذا كانت
موقتة بزمان كاليوم والشهر يتوقت يمينه بذلك الزمان فبعد ذلك يحل ولا يلزمه ترك
الفعل بعد ذلك الزمان واما التوقيت في الاثبات كقوله والله لا اكل هذا الرغيف اليوم
فانه لا يحنث ما دام الحالف والمحلوف عليه قائمين واليوم باق اما اذا مضى اليوم يحنث وان
كانا قائمين لفوات البر لفوات الوقت المعين واما اذا هلك الحالف قبل مضي اليوم لا يحنث
بالاتفاق وان هلك المحلوف عليه وهو الرغيف قبل مضي اليوم اجمعوا انه لا يحنث في الحال
فاذا مضى اليوم اختلفوا قال ابو حنيفة ومحمد لا يحنث في يمينه وقال ابو يوسف يحنث وتجب
الكفارة لان تصور البر ليس بشرط عنده خلافا لهما والباقي يعلم في كتب اصحابنا المتقدمين ان شاء
الله تعالى **قوله** واذا حلف الوالي رجلا ليعلمنه بكل داعر دخل البلد فهذا على حال
ولايته هذا لفظ القدوري في مختصره والاصل ان المطلق لا يتقيد الا بدليل وهنا يتقيد
بحال الولاية بدليل غرض الوالي لان مقصوده دفع شر الداعر الذي رفع خبره الى الوالي

او دفع شر غيره بذلك الداعر لانه اذا زجر وادب ينزجر غيره ويدفع شره وعند بالزجر لا يكون
الا في حال ولايته فيتقيد اليمين بتلك حتى اذا اعرفه الحالف ولم يرفع خبره الى الوالي حتى عزل
حنث ولم يجب الرفع بعد العزل ولو لم يعرف حال ولايته الوالي فلما عزل عرف لا يحنث بترك
الرفع وهذا ظاهر الرواية عن اصحابنا وهي رواية الزيادات وروي عن ابي يوسف انه
يجب الرفع اليه بعد العزل لانه مقيد في الجملة وعنه يبطل الرفع بعزله لا بموته وكذلك
السلطان اذا حلف رجلا ان لا يخرج من الكوفة الا باذنه فهو على ولايته ذكره في الزيادات
والداعر بالدال والعين المهملتين الخبيث المفسد من الناس وجمعه دعار من الدعر وهو
الفساد يقال دعر العود يدعر دعرا بكسر العين من الماضي وفتحها من المضارع اذا فسد
كذا في الجمهرة **قوله** لان المقصود منه اي من الاعلام دفع شره اي شر الداعر او شر
غيره اي غير الداعر يعني ان الوالي اذا ضرب الداعر وادبه وزجره ينزجر من كانت نيته الدعر
عنه **قوله** ومن حلف ليهبن عبده لفلان فوهبه ولم يقبل بر في يمينه وهذه من مسائل
الجامع الصغير بلا معاودة وقال زفر يحنث وهو القياس وانما يبر اذا وجد القبول في رواية وفي
رواية اخرى عنه اذا وجد القبول والقبض كذا ذكر التمرتاشي في شرح الجامع الكبير لابي
المعين النسفي له ان الهبة تصرف على نفسه بازالة ملكه وعلى الموهوب له باثبات الملك له
ولهذا لا يثبت له الملك ما لم يقبل فبدون القبول لا يكون هبة كالايجاب في البيع فانه تصرف
على نفسه بازالة الملك وعلى المشتري فما لم يوجد القبول لا يكون بيعا فكذا هنا ثم لا يشترط
القبض في رواية لانه لثبوت الحكم لا لانعقاد السبب والحالف حلف على السبب وفي رواية
يشترط القبض لان السبب بلا حكم غير معتبر شرعا وجه قول اصحابنا وهو الاستحسان ما روي
في الصحيح البخاري وغيره مسندا الى ابن عباس رضي الله عنهما عن الصعب بن جثامة الليثي انه
اهدى لرسول الله صلى الله عليه وسلم حمارا وحشيا وهو بالابواء او بودان فرده عليه فلما راى
ما في وجهه قال انا لم نرده عليك الا انا حرم وجه الاستدلال ان ابن عباس اطلق اسم الاهداء
بدون القبول وروي في السنن مسندا الى ابن عباس ايضا انه قال يا زيد بن ارقم هل علمت ان
رسول الله صلى الله عليه وسلم اهدي اليه عضو صيد فلم يقبله وقال انا حرم قال نعم
فثبت بهذا ان الهبة عبارة عن مجرد ايجاب الملك في اللغة لان الهبة والهدية بمعنى واحد
ولانه حلف على فعل نفسه لا على فعل غيره فلا يشترط القبول في اليمين
وانما يشترط القبول لثبوت الملك لا لانعقاد السبب والبر يتعلق بمباشرة السبب وقد
حصل ذلك ولهذا يقال وهب لفلان فلم يقبل وليست كالبيع فانه لا يسمى بيعا ما لم يوجد
القبول فلا يوجد السبب الا بايجاب وقبول ولهذا قال اصحابنا رضي الله عنهم لو قال
لغيره وهبت لك هذا العبد فلم يقبل وقال المقر له لا بل قبلته كان القول قول المقر لانه
ما اقر الا بالهبة واتيانه بدون القبول هبة فلم يصر بالاقرار بالهبة مقرا بالقبول بخلاف
ما لو قال بعت منك هذا العبد فلم يقبل وقال المقر له قبلت كان القول قول المقر له
لانه اقر بايجاب يسمى بيعا وذلك باتصال القبول فصار بالاقرار بالبيع مقرا بالقبول له
ولان الهبة اصطناع معروف واكتساب الصيت باظهار السماحة والجود ويحصل ذلك
بلا قبول لاتيانه باقصى ما في وسعه من البذل والسخاوة وليست كالبيع فانه اعتياض من
الجانبين فلا بد من القبول والصدقة والنحلى والاعارة بمنزلة الهبة وكذا الاباحة

والوصية والاقرار والاستخدام لا يشترط فيها القبول من الاخر ذكره العتابي في
شرح الجامع الكبير **قوله** وذلك يتم به اي اطلاقها بالسماحة يتم بالحالف الواهب
قوله ومن حلف لا يشم ريحانا فشم وردا او ياسمينا لا يحنث وهذه من مسايل الجامع
الصغير المعادة قال الحاكم الشهيد في الكافي فان حلف لا يشم ريحانا فشم آسا او ما اشبهه من
الرياحين حنث وان شم الياسمين او الورد لم يحنث وهذا لان الريحان عند الفقها ما لساقه
رايحة طيبة كما لورقه كالآس والورد ما لورقه رايحة طيبة فحسب كالياسمين كذا ذكر
صاحب المغرب قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير روى هشام عن محمد انه
قال كل ما كان راحضر فهو ريحان مثل الآسان والشاهسفرم ونحو ذلك وما سوى ذلك
فليس بريحان وعلل فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير بقوله لان الريحان اسم لما لا يقوم
على ساق من البقول مما له رايحة طيبة وهو موضوع ذلك لغة وقلده الصدر الشهيد
وصاحب الهداية ثم قالا والياسمين والورد لهما ساق ولنا فيه نظر لانه لم يثبت
في قوانين اللغة الريحان لهذا التفسير اصلا ولين صح ما قالوا كان ينبغي ان لا يحنث بالآس
لان له ساقا وليس من البقول ايضا وقد نص الحاكم على انه يحنث وقال الجوهري الريحان
نبت معروف واما قوله تعالى والحب ذو العصف والريحان فالعصف ساق الزرع ورقه
كذا في الصحاح وقال بعض اهل اللغة كل ما طاب ريحه من النبات فهو ريحان **قوله**
ومن حلف لا يشتري بنفسجا ولا نية له فهو على دهنه وهذه من مسايل الجامع الصغير
المعادة وذلك لان الايمان محمولة على معاني كلام الناس وفي عرفهم اذا ذكروا البنفسج
يراد به دهنه لا ورقه قال الفقيه ابو الليث هذا عند اهل العراق فاما في بلادنا فلا يقع
على الدهن الا ان ينوي ولو حلف لا يشتري الورد فهو على ورق الورد فاذا اشترى دهنه
لا يحنث لان في العرف لا يسمى دهنه وردا والحنا يقع على الورق لا على الدهن كالورد
قوله عليه اي على البيع **قوله** لانه حقيقة فيه اي لان الورد حقيقة في الورق والعرف
مقرر له اي العرف ايضا مقرر لوقوع الحقيقة او لكون الحقيقة مرادة وليس كذلك البنفسج
فان العرف غلب حقيقته حيث اريد به دهنه لا ورقه وكان القياس ان يراد به الورق
كما في الورد لكنهم استحسنوا وارادوا به الدهن لما كان عليه العرف فاما في بلادنا فلا فرق
بين الورد والبنفسج فكلاهما يقع على الورق لا على الدهن الا بالنية والله اعلم

كتاب الحدود

لما فرغ عن الايمان وكفاراتها التي
هي دايرة بين العبادة والعقوبة شرع في بيان العقوبات المحضة وهي الحدود
واصل الحد في اللغة المنع يقال حدني عن كذا وكذا اذا منعني عنه وبه سمي السجان
حدادا لمنعه كأنه يمنع من الحركة قال الشاعر يقول لي الحداد وهو يقودني الى السجن
لا تجزع من عليك من باس وسمي الاعشى الخمار حدادا لانه حبس الخمر عنه يقال فقمنا له
ولما يصح ديكنا الى جونة عند حدادها وحد السارق وغيره الفعل الذي يحجزه عن المعاودة
اي يمنعه عنها ويمنع غيره ايضا كذا قال صاحب الجمهرة ويسمى المعرف للشي حدا لانه يمنع
الخارج عن الحدود عن الدخول فيه وهو في الشريعة عبارة عن عقوبة مقدرة تجب
تستوفي حقا لله تعالى فخرج القصاص لانه حق العبد بدلالة جواز العفو والاعتياض
وخرج التعزير ايضا لانه ليس بمقدر وهذا ما عليه عامة اصحابنا وقال صدر الاسلام

البزدوي في مبسوطه والقصاص يسمى ايضا حدا فالحدود شرع موانع قبل الوقوع
وزواجر بعده اي عن الفعل المنهي عنه **قوله** والطهرة ليست باصلية فيه الطهرة
بمعنى الطهر وهو خلاف الدنس واراد بها الطهر عن الذنوب يعني انه ليس بشرط اصلي في
وجوب الحد ولهذا يجب الحد على الذمي اذا زنى ولا يطهر الذمي عن الذنب باجرا الحد
عليه فعلم ان المقصود من شرع الحد الانزجار لا الطهرة **قوله** الزنا يثبت بالبينة
والاقرار هذا لفظ القدوري في مختصره قال صاحب الهداية والمراد ثبوته عند الامام
وانما قال ذلك لان ثبوت الزنا في الواقع لا يتوقف الى وجود البينة او الاقرار لان الزنا
هو الوطي الحرام الخالي عن ملك النكاح وملك الرقبة وعن شبهتهما والوطي هو ايلاج
الذكر فرج المراة حسي امر يوجد وان لم يوجد البينة او الاقرار وقد يوجدان ولا
يوجد الزنا في الواقع لاحتمال الكذب في البينة او الاقرار فحصل الانفكاك
بين الزنا وبينهما وجودا وعدما الا ان القاضي مامور بالحكم بما ثبت عنده من الظاهر
فلاجل هذا اشترط ثبوته عند الامام بالبينة او الاقرار اما البينة فدليل ظاهر لان الله
تعالى قال فاستشهدوا عليهن اربعة منكم واما الاقرار فالصدق فيه راجح على الكذب لوقوعه
على نفسه بما فيه مضرة فكان دليلا ظاهرا فوجب العمل به وقد قبل النبي صلى الله عليه
وسلم اقرار ماعز واقرار الغامدية ولا خلاف لاحد فيه **قوله** مضرة اي ضرر ظاهر
يتصل ببدن المقر من اجرا الحد عليه وكذا الحاق العار بانتسابه الى الزنا والعار اشد
من النار كما قيل النار ولا العار فكن سيدا مر من العار الى النار والمروة المساة كذا في الديوان
فلما كان في الاقرار ضرر ومساة على نفسه كان دليلا ظاهرا على صدقه فقبل **قوله**
قال فالبينة ان يشهد اربعة من الشهود على رجل وامراة بالزنا اي قال القدوري في مختصره
وتمامه فيه فيسالهم الامام عن الزنا ما هو وكيف هو واين زنى ومتى زنى وبمن زنى اما اشتراط
الاربعة من الشهود فلقوله تعالى واللاتي ياتين الفاحشة من نسايكم فاستشهدوا عليهن اربعة
منكم وقال تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهدا فاجلدوهم ثمانين جلدة
وقال النبي عليه السلام لهلال بن امية ايتني باربعة يشهدون على صدق مقالتك والا
فحد في ظهرك ولان في اشتراط الاربع تحقيق الستر المندوب اليه قال رسول الله صلى
الله عليه وسلم من ستر على مسلم ستره الله في الدنيا والاخرة رواه الترمذي في جامعه باسناده
الى ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم لا يقال اشتراط الاربع لا لمعنى الستر بل لان الزنا
يحصل من اثنين وعلى كل واحد منهما يشهد اثنان لانا نقول شهادة الاثنين لما جازت على
الرجل جازت على المراة لوجود العدالة فلا حاجة على هذا الى اشتراط شاهدين اخرين
فعلم ان المعنى هو الستر لكن يشترط شهادة اربعة احرار عدول مسلمين ولا يقبل شهادة
الرجال مع النسا ولا كتاب القاضي الى القاضي ولا الشهادة على الشهادة واما السوال عن
الاشيا الخمسة فنقول اما السوال عن حقيقة الزنا بقوله ما هو فانه احتراز عن وطي
حرام لكنه ليس بزنا فانه قد يشتبه على الشاهد ذلك كوطي الحايض والنفسا والامة
المجوسية والامة المشتركة والامة التي هي اخته من الرضاع فان كل ذلك حرام وليس
بزنا ويجوز ان يكون احترازا عن فعل ما دون الفرج فانه يسمى زنا مجازا لكن ليس فيه
الحد قال عليه السلام العينان تزنيان وزناهما النظر واليدان تزنيان وزناهما البطش

والرجلان يزنيان وزناهما المشي والفرح يصدق ذلك او يكذب فلعل الشهود يسمون
الزنا زنا فيجب الاحتراز عن مثل ذلك بالسؤال واما السؤال عن الكيفية فانه احتراز
عن مماسة احد الفرجين الاخر ونحو ان يحترز به عن الوطي بالاكراه لان وطي المكره
لا يوجب الحد واما السؤال عن المكان بقوله اين زنى فانه احتراز عن الزنا في دار الحرب
لان المسلم اذا زنى في دار الحرب ثم خرج الينا لا يحد لانه لم يكن للامام يد عليه عند وجود
الحد واما السؤال عن الزمان بقوله متى زنا فانه احتراز عن زمان متقادم والشهود
اذا شهد وا بذلك لا تقبل ويجوز ان يكون احترازا عن وطي الصبي والمجنون لان
فعلهما لا يوصف بالحرمة واما السؤال عن المزنية بقوله بمن زنى فانه احتراز
عن الوطي الواقع في محل يكون للواطي فيه شبهة لا يعرفها الواطي ولا الشهود كجارية
الابن ويجوز ان يكون الموطوءة امراة الواطي او جاريته ولا يعلمها الشهود فاذا بين الشهود
هذه الاشيا وقالوا رايناها وطيها في فرجها كالميل في المكحلة والرشا في البير عدلوا سرا وعلانية
طلبا للدر قال عليه السلام ادرؤا الحد ود عن المسلمين ما استطعتم رواه الترمذي في جامعه
باسناده الى عايشة عن النبي عليه السلام بخلاف ساير الحقوق عند ابي حنيفة حيث يكتفي
بظاهر العدالة لقوله عليه السلام المسلمون عدول بعضهم على بعض الا اذا طعن
الخصم فحينيذ يسال القاضي عن الشهود عنده ايضا وصورة تعديل السر ان يبعث
القاضي اسما الشهود الى المعدل بكتاب فيه اسماويهم وانسابهم وحلاهم ومحالهم وسوقهم
حتى يعرف المعدل ذلك فيكتب تحت اسم من كان عدلا عدل جايز الشهادة ومن لم يكن
عدلا فلا يكتب تحته شيا او يكتب الله يعلم وصورة تعديل العلانية ان يجمع بين المعدل
والشاهد فيقول المعدل هذا هو الذي عدلته وسيجي ذلك في كتاب الشهادات
ان شا الله تعالى فاذا عدلوا حكم بشهادتهم رجما كان يوجب الزنا او جلدا هذا اذا لم
يعرف القاضي عدالة الشهود اما اذا عرفها حد بلا تعديل **قوله** صرح اي صدق
السند **قوله** او كانت له شبهة اي للواطي **قوله** وطيها في فرجها جواب ما هو
قوله كالميل في المكحلة جواب كيف هو **قوله** قال في الاصل يحبسه حتى يسال
عن الشهود اي قال في المبسوط اذا وصف الشهود الاشيا المذكورة من ماهية الزنا وكيفيته
ونحو ذلك يحبس القاضي المشهود عليه بالزنا الى ان يسال عن عدالة الشهود لانه متهم
وقد حبس رسول الله صلى الله عليه وسلم متهما وقد روى صاحب السنن باسناده
الى معمر عن بهز بن حكيم عن ابيه عن جده ان النبي عليه السلام حبس رجلا في تهمة
بخلاف الديون فان الحبس فيها بعد العدالة وانما يحبس قبل تعديل الشهود
ليلا يفوت بالهرب واخذ الكفيل ليس بمشروع في باب الحدود ولانه احتياط فيما بناؤه
على الدر فلو لم يحبس ربما يفوت الحق اصلا بخلاف الديون فان اخذ الكفيل فيها
مشروع فلا يفوت الحق فلا حاجة الى الحبس قبل عدالة الشهود ولا يقال حبسه ايضا
احتياط لانه للتعزير عليه بكونه متهما بارتكاب الفاحشة لا للاحتياط **قوله** وسياتيك
الفرق هذه حوالة غير رايحة ونحن بيناه انفا **قوله** قال والاقرار ان يقر العاقل
البالغ على نفسه بالزنا في اربعة مجالس من مجالس المقر كلما اقر رده القاضي اي قال
القدوري في مختصره واعتبار البلوغ والعقل لان كلام الصبي والمجنون ليس بصحيح

اما اشتراط الاقرار اربع مرات في اربعة مجالس المقر فهو مذهبنا وقال ابن ابي ليلى يقام الحد
بالاقرار اربع مرات وان كان في مجلس واحد اعتبارا بالشهادة لان الاقرار احد حجتي الزنا وقال
الشافعي يحد بالاقرار مرة واحدة وهو قول مالك وقول احمد واسحاق مثل قولنا وجه قول مالك
والشافعي ما روي في حديث ابي هريرة ان رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال
احدهما ان ابني كان عسيفا على هذا فزنى بامراته فجلد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ابنه مايه وغربه
عاما وامر انيسا الاسلمي ان ياتي امراة الاخر فان اعترفت يرجمها فاعترفت فرجمها وجه الاستدلال
به انه قال فان اعترفت فارجمها ولم يقل فان اعترفت اربع مرات والعسيف الاجير ولنا ما روي
في الجامع الترمذي مسندا الى ابي سلمة عن ابي هريرة رضي الله عنه قال جا ماعز الاسلمي الى
رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال انه قد زنى فاعرض عنه ثم جا من شقه الاخر فقال
انه قد زنى فاعرض عنه ثم جا من شقه الاخر فقال يا رسول الله انه قد زنى فامر به
في الرابعة فاخرج الى الحرة فرجم بالحجارة وروى صاحب السنن باسناده الى عبد الرحمن
بن صامت ابن عم ابي هريرة انه سمع ابا هريرة يقول جا الاسلمي نبي الله فشهد على نفسه انه
اصاب امراة حراما اربع مرات في كل ذلك يعرض عنه فاقبل في الخامسة فقال انكتها قال نعم
قال حتى غاب ذلك منك في ذلك منها قال نعم قال كما يغيب المرود في المكحلة والرشا في البير قال
نعم قال تدري ما الزنا قال نعم اتيت منها حراما ما ياتي الرجل من اهله حلالا قال فما تريد بهذا القول
قال اريد ان تطهرني فامر به فرجم وروى صاحب السنن باسناده الى جابر بن عبد الله ان رجلا من اسلم جا
الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فاعترف بالزنا فاعرض عنه ثم اعترف فاعرض عنه حتى شهد على نفسه
اربع شهادات فقال النبي صلى الله عليه وسلم ابك جنون قال لا قال احصنت قال نعم قال فامر به النبي صلى
الله عليه وسلم فرجم وجه الاستدلال بحديث ماعز ان النبي عليه السلام اخر اقامة الحد الى ان تم الاقرار
اربع مرات فلو كان الاقرار مرة كافيا لم يوخر لان اقامة الحد عند ظهوره واجب وتاخير الواجب
لا يجوز ولا يظن ذلك بالنبي عليه السلام ولان الاقرار بالزنا حجة في ظهور الزنا كالشهادة فاشتراط
الاربع في الشهادات اعظاما لامر الزنا ولمعنى الستر فيشترط الاربع في الاقرار ايضا لهذا المعنى
ولا يقال اذا كان الاقرار كالشهادة لا يشترط تكرار المجلس كما في الشهادة لانا نقول تكرار المجلس في
الاقرار عرف بحديث ماعز فلا يجوز اثبات الحكم بالقياس في امر ثابت بالنص لانه حينيذ يكون التعليل ٢
معارضا للنص وهو فاسد والجواب عن حديث العسيف فنقول لا يخلو اما ان كان ذلك متقدما
على حديث ماعز او متاخرا عنه فان كان متقدما يكون منسوخا بحديث ماعز وان كان متاخرا يكون
الاعتراف المذكور فيه منصرفا الى الاعتراف المعهود في الشرع وهو الاقرار اربع مرات يدل على
هذا ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يفوض اقامة الحد والى من يعرفها لا الى من لا يعرفها وقد
كان يعرف انيس اشتراط الاربع في الاقرار واستقراره في الشريعة الا ترى ان النبي عليه السلام
لم يبين له التلقين بان يقول للمراة لعلك مسست وقبلت ولم يبين له اسقاط الحد عنها اذا رجعت
فعلم انه كان يعرف جميع ذلك فان قلت يحتمل ان
تاخير النبي عليه السلام اقامة الحد الى الاقرار اربع مرات باعتبار انه لم يكن متمكنا منها الا باعتبار
ان الاقرار مرة ليس بموجب للحد قلت هذا وهم لا يليق
بالنبي لانه عليه السلام كان متمكنا منها بنفسه وبامره الغير ولهذا تمكن منها بعد الاقرار اربع مرات
حتى امر بالرجم فان قلت سلمنا انه كان متمكنا ولكن يجوز التاخير

لا يدل على ان الاربع شرط لانه يجوز ان يكون التاخير باعتبار ان مطلق الامر لا يقتضي
الوجوب على الفور بل على التراخي وعليه عامة المشايخ خلافا للكرخي قلت
لا نسلم انه لا يقتضي الفور بل يقتضيه لان الوجوب حكم الامر والموجب وهو الامر قد وجد
فيوجد الوجوب معه لا محالة بلا تراخ كالطلاق مع التطليق والعتق مع الاعتاق وجواب
اخر سلمنا انه لا يقتضي الفور في الجملة ولكن لا نم انه لا يقتضيه في باب الحدود وبيانه ان الامر
باقامة الحدود متوجه على الامام والحوادث متزاحمة متراكمة على بابه فلو لم يكن الوجوب
على الفور ربما يجتمع واجبات اخر امام منها فيترك اقامة الحدود فيودي الى تفويت الواجب
ولهذا قلنا ان مطلق الامر في باب الحج يقتضي الفور لان الموت في سنة واحدة ليس بنادر فلو
اخر يلزم التفويت على وجه لا يمكن التدارك في ثاني الحال فكذا هنا وجواب اخر سلمنا ان الامر
لا يقتضي الفور في باب الحدود ايضا لكن لا نم انه لا يقتضيه في قضية ماعز لانه جا طالبا
للطهرة ودفع حقه ومن له الحق اذا طلب حقه من قبل من عليه الحق يجب ايفاوه كالبايع اذا
طالب الثمن من المشتري يجب عليه ايفاوه وماعز طلب حقه في الاقرار مرة فلو كان ذلك كافيا
لا وفاه النبي عليه السلام فان قلت لا نسلم ان الاقرار اربع مرات شرط
لانه لو كان شرطا لكان الاقرار خمس مرات شرطا ايضا لانه جا ذلك في حديث ماعز ايضا قلت
لا نسلم الملازمة لانه روي انه اقر في اقراره خمس مرات مرتين في جهة واحدة فاعتبر ذلك
اقرارا مرة واحدة لاتحاد الجهة ولهذا لم يشترط الخمس احد من المجتهدين وهذا القدر كاف
لمن له ذهن صاف قوله لما روينا اشارة الى قوله فانه عليه السلام اخر الاقامة الى ان
تم الاقرار منه اربع مرات في اربعة مجالس قوله والاقرار قايم بالمقر فيعتبر اختلاف مجلسه
اي يعتبر اختلاف مجلس المقر في وجوب الحد لا مجلس القاضي وفي بعض النسخ فيعتبر اتحاد مجلسه
اي يعتبر اتحاد مجلس المقر في عدم وجوب الحد لا مجلس القاضي واختلاف مجلس المقر بان يرده
القاضي في كل كرة بان يقول له ابك خبل ابك جنون ولعلك قبلتها او مسستها وقال بعضهم يعتبر به
اختلاف مجلس القاضي والصحيح الاول كذا في شرح الطحاوي قوله تواري اي استتر قوله
قال فاذا تم اقراره اربع مرات ساله عن الزنا ما هو وكيف هو واين زنى وبمن زنى فاذا بين ذلك لزمه
الحد اي قال القدوري في مختصره وحيز السوال عن هذه الاشيا في الاقرار هو المعنى في السوال
عنها في الشهادة على الزنا وهو تحقق ما يجب به الحد فانه قد يظن زنا ولا يكون زنا او يكون زنا
ولا يكون موجبا للحد كما اذا وقع في دار الحرب ولم يذكر القدوري السوال عن الزمان في
الاقرار بان يقول متى زنيت لان التقادم مانع للشهادة لتهمة الحقد والمرء لا يتهم على نفسه فيقبل
اقراره وان تقادم العهد وبيان التقادم يعلم في باب الشهادة على الزنا ثم الاقرار اربع مرات
عند غير القاضي لا يعتبر حتى لو شهد الشهود بالاقرار لا يقبله القاضي لان الزاني لا يخلو اما
ان يكون مقرا بذلك او منكرا فان انكر رجع وان اقر فلا شهادة مع الاقرار قوله وقيل ولو ساله
جاز اي لو سال الزمان قال في الفتاوي ويجوز ان يسال الزمان في الاقرار ايضا لجواز انه في حالة
الصغر قوله فان رجع المقر عن اقراره قبل اقامة الحد او في وسطه قبل رجوعه وخلي سبيله
وهذا لفظ القدوري في مختصره وقال ابن ابي ليلى يقام عليه ولا يقبل رجوعه وبه اخذ الشافعي
وذلك لان الاقرار احد حجتي الزنا فلا يقبل فيه الرجوع والانكار كما اذا ظهر بالشهادة
ولهذا لا يقبل الرجوع في القصاص وحد القذف اذا ثبتا بالاقرار ولنا ان النبي عليه السلام

لقن

لقن الرجوع فقال لعلك قبلت او غمزت او نظرت كذا اورده صاحب السنن وقال ايضا في السنن
مسندا الى ابي امية المخزومي ان النبي عليه السلام اتي بلص قد اعترف اعترافا ولم يوجد معه متاع فقال
رسول الله صلى الله عليه وسلم ما اخالك سرقت فلو لم يصح الرجوع لم يكن للتلقين فايدة وروي ايضا في
الجامع الترمذي وغيره لما امر بماعز في الرابعة فاخرج بالحرة فرجم بالحجارة فلما وجد مس الحجارة
فر يشتد حتى مر برجل معه لحي جمل فضربه به وضربه الناس حتى مات فذكروا ذلك لرسول الله
صلى الله عليه وسلم انه فر حين وجد مس الحجارة ومس الموت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هلا
تركتموه وجه الاستدلال به ان النبي عليه السلام جعل فراره دليلا على الرجوع واسقط به الحد
فاذا سقط الحد بدليل الرجوع سقط بصريح الرجوع بالطريق الاولى ولان الرجوع في حقوق
العباد كالقصاص وحد القذف لا يصح لان الخصم يكذبه وفي خالص حق الله تعالى كحد الزنا وحد
الشرب والسرقة لا احد يكذبه فيصح الرجوع بل رجوعه يحتمل الصدق كالاقرار فيثبت
الشبهة بتعارض الرجوع مع الاقرار فيسقط الحد لان الحدود تندري بالشبهات لكن اذا اقر
بالسرقة ثم رجع صح رجوعه في حق القطع ولا يصح في حق المال كذا في شرح الطحاوي بخلاف الانكار
بعد ظهور الزنا بالشهادة لان الانكار شرط لقبول الشهادة فلا يجوز ان يبطلها ما كان شرطا
لقبولها قوله يقيم عليه الحد اي القاضي او الامام قوله ويستحب للامام ان يلقن المقر الرجوع
ويقول له لعلك لمست او قبلت وهذا لفظ القدوري في مختصره وانما يستحب التلقين لان النبي
عليه السلام فعل كذلك في حق ماعز وقال ايضا للسارق ما اخالك سرقت قوله قال في
الاصل وينبغي ان يقول له الامام لعلك تزوجتها او وطيتها بشبهة اي قال في المبسوط يرد الامام
المعترف بالزنا في المرة الاولى والثانية والثالثة فان عاد الرابعة فاقر عنده بها ساله عن
الزنا ما هو وكيف هو فاذا وصفه واثبته قال له لعلك تزوجتها او وطيتها بشبهة قال صاحب الهداية
وهذا قريب من الاول في المعنى اي الذي قاله في الاصل قريب في المعنى مما قاله القدوري لان في كل
منهما تلقين الرجوع للمقر حتى لو قال المقر نعم سقط الحد

فصل في كيفية الحد واقامته

ذكر اقامة الحد بعد بيان وجوب الحد لان وجود الحد بعد وجوبه والكيفية صفة
لاحقة للوجود فناسب ان يذكرها بعد بيان الوجوب والكيفية ما به يقال للشي كيف هو وكيف كلمة
موضوعة للسوال عن الحال قوله واذا وجب الحد وكان الزاني محصنا رجمه بالحجارة حتى
يموت وهذه مسالة القدوري وذلك لما روي في حديث ماعز ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
رجمه بعد ما سال عن احصانه قال في شرح الاقطع ولا خلاف في ذلك بين الامة الا ما روي
عن الخوارج ان الحد كله الجلد ولا رجم وانما قالوا ذلك لانهم لا يقبلون اخبار الاحاد وقد
حدث البخاري في الصحيح عن علي بن عبد الله قال حدثنا سفيان عن الزهري عن عبيد الله عن
ابن عباس قال قال عمر رضي الله عنه لقد خشيت ان يطول بالناس زمان حتى يقول القايل
لا نجد الرجم في كتاب الله فيضلوا بترك فريضة انزلها الله تعالى الا وان الرجم حق على من
زنى وقد احصن اذا قامت البينة او كان الحبل او الاعتراف وروى صاحب السنن عن
عبد الله بن محمد النفيلي قال حدثنا هشيم قال اخبرنا الزهري عن عبيد الله بن عبد الله بن
عتبة عن عبد الله بن عباس ان عمر بن الخطاب خطب فقال ان الله عز وجل بعث محمدا بالحق
وانزل عليه الكتاب فكان فيما انزل فيه اية الرجم فقراناها ووعيناها ورجم رسول الله
ورجمنا من بعده واني خشيت ان طال بالناس الزمان ان يقول قايل ما نجد الرجم في كتاب الله

فيصلوا بذلك فريضة انزلها الله عز وجل فالرجم حق على من زنى من الرجال والنسا
اذا كان محصنا اذا قامت البينة او كان حمل او اعتراف وايم الله لولا ان يقول الناس
زاد عمر في كتاب الله لكتبتها وروي في الجامع الترمذي مسندا الى سعيد بن المسيب عن عمر بن الخطاب
قال رجم رسول الله ورجم ابو بكر ورجمت ولولا اني اكره ان ازيد في كتاب الله لكتبته في المصحف
فاني خشيت ان تجيء اقوام فلا يجدونه في كتاب الله فيكفرون به وحديث عمر مذكور في الموطا
ايضا فلما قد كان رجم ابي بكر رضي الله عنه وعمر رضي الله عنه بحضرة الصحابة ولم ينكر عليهما
احد فحل محل الاجماع فظهر ان قول الخوارج لا عبرة لا يلتفت اليها **قوله** وقد احصن
اي ماعز وهو على صيغة المبني للفاعل يقال احصن الرجل فهو محصن وهذا احد ما جاء على
افعل فهو مفعل وامراة محصنة اي متزوجة ليس في كلامهم افعل فهو مفعل الا ثلاثة
احرف هذا احدها ويقال اسهب من لدغ الحية اي ذهب عقله وهو مسهب قال الراجز فان
عطشان وعاش مسهبا ويقال الفج الرجل فهو ملفج اذا رقت حاله وسال رجل الحسن ايدالك
الرجل اهله فقال نعم اذا كان ملفجا المدالكة والمماطلة بمعنى وهي المرافعة كذا في الجمهرة **قوله**
فقال في الحديث المعروف فرجم بعد احصان روى صاحب السنن باسناده الى عايشة رضي الله
عنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يحل دم امرء مسلم يشهد ان لا اله الا الله وان
محمدا رسول الله الا في احدى ثلاث رجل زنى بعد احصان فانه يرجم ورجل خرج محاربا لله
ورسوله فانه يقتل او يصلب او ينفى من الارض او يقتل نفسا فيقتل بها وروي في السنن
والجامع الترمذي ايضا مسندا الى عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال قال رسول الله
صلى الله عليه وسلم لا يحل دم امرء مسلم يشهد ان لا اله الا الله واني رسول الله الا باحدى
ثلاث الثيب الزاني والنفس بالنفس والتارك لدينه المفارق للجماعة **قوله** فاذا خرجه
الى ارض فضا يبتدي الشهود برجمه ثم الامام ثم الناس هذا لفظ القدوري اما الاخراج
الى ارض فضا فلما روي صاحب السنن باسناده الى ابي سعيد قال لما امر رسول الله صلى الله عليه
وسلم برجم ماعز خرجنا به الى البقيع فوالله ما اوثقناه ولا حفرنا له ولكنه قام لنا فرميناه
بالعظام والمدر والخزف واما البداية بالشهود فللاحتياط في الدرء لانهم لو كانوا كذبوا يمتنعون
من الرجم استعظاما للنفس فيكون امتناعهم دليلا على الرجوع قال في الشامل عند ابي
يوسف والشافعي بداية الشهود ليست بشرط كما في الجلد ولنا ما بينا والفرق بين الرجم هو
والجلد ان الجلد لا يحسنه كل احد فيقع الجلد مهلكا والمقصود الزجر والتاديب لا الاهلاك
بخلاف الرجم فان كل احد يحسنه فان المقصود منه الاهلاك ثم اذا امتنع الشهود من الابتدا
لا يجب الحد عليهم لانهم ثابتون على شهادتهم ولم يرجعوا عنها وقد يمتنع الانسان من مباشرة
القتل بحق وانما سقط الحد عن المشهود عليه للشبهة **قوله** فان امتنع الشهود من
الابتدا سقط الحد هذا لفظ القدوري وقد مر المعنى **قوله** وكذلك اذا ماتوا او
غابوا في ظاهر الرواية اي يسقط الرجم بموت الشهود او غيبتهم وهذا لان الشرط بداة
الشهود وقد انعدم ذلك بالموت او الغيبة وكذا اذا عموا او خرسوا او جنوا او فسقوا
او ارتدوا او قذفوا فحدوا واسوا اعترض ذلك قبل القضا او بعد القضا قبل الامضا لان
الامضا من القضا في باب الحد وقد فات لم يحصل الامضا فكانه لم يحصل القضا وانما قيد
بظاهر الرواية احترازا عما روي عن ابي يوسف في شرح الطحاوي انه قال لا يبطل

الرجم

الرجم بموت الشهود ولا بغيبتهم هذا اذا كان غير محصن فقد قال الحاكم الشهيد في الكافي
اقيم عليه الحد في الموت والغيبة ويبطل فيما سواهما وكذلك ما سوى الحد ومن حقوق
الناس **قوله** وان كان مقرا ابتدا الامام ثم الناس هذا لفظ القدوري في مختصره
اي ان كان الزاني المحصن مقرا يبتدي الامام ثم يتبعه الناس وذلك لما روي صاحب السنن باسناده
الى ابي بكرة عن ابيه ان النبي عليه السلام رجم امراة فحفر لها الى الثندوة ثم رماها بحصاة
مثل الحمصة ثم قال ارموا واتقوا الوجه فلما طفئت اخرجها وصلى عليها وروي في شرح
الاثار عن علي رضي الله عنه انه رمى سراحة وهو اول الناس ثم قال ارموا **قوله**
ورمى رسول الله صلى الله عليه وسلم الغامدية هي امراة منسوبة الى بني غامد قبيلة من
العرب قال المبرد في كتاب انساب العرب غامد بطن من خزاعة وقال المبرد في الكامل
بنو غامد بن نصر بن الازد بن الغوث وفي هذه القبيلة يقول القايل الا هل اتاها على نايها ما
فضحت قومها غامد عنهم ما بني فارس فيهم دكم فرس واحد **قوله** ويغسل ويكفن ويصلى
عليه هذا لفظ القدوري في مختصره اما الغسل والتكفين فلما روي في السنن ان المرجوم
غسل وكفن ودفن واما الصلاة فلما روى البخاري باسناده الى جابر رضي الله عنه ان رجلا
من اسلم جا الى النبي عليه السلام فاعترف بالزنا فاعرض عنه عليه السلام حتى شهد على نفسه
اربع مرات قال له النبي عليه السلام ابك جنون قال لا قال احصنت قال نعم فامر به فرجم
بالمصلى فلما اذلقته الحجارة فر فادرك فرجم حتى مات فقال له النبي صلى الله عليه وسلم
خيرا او صلى عليه وقد صح في رواية السنن ايضا ان النبي عليه السلام صلى على الغامدية ودفنت
ولانه مقتول في حق وجب عليه والشهيد مقتول بغير حق فلم يكن في معنى الشهيد فيغسل
ويصلى ولانه باستيفا الحق الواجب عليه لا يخرج من الاسلام فصار كساير المسلمين يغسل
ويكفن ويصلى ويدفن كالمقتول في قصاص **قوله** وان لم يكن محصنا وكان حرا فحده
ماية جلدة وهذا لفظ القدوري والاصل فيه قوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا
كل واحد منهما ماية جلدة وهذا عام في المحصن وغير المحصن الا ان الحكم في المحصن
اذا زنى رجم بآية اخرى نسخت تلاوتها وبقي حكمها رواها عمر بن الخطاب في خطبته بحضرة
الصحابة من غير نكير وقال ان مما يتلى في كتاب الله تعالى الشيخ والشيخة اذا زنيا فارجموهما
البتة نكالا من الله والله عزيز حكيم ولانه في رواية الا ان الله تعالى لما صرفها عن قلوب
العباد لحكمة لم يكتبها عمر في المصحف وقال لولا ان يقول الناس زاد عمر في كتاب الله
لكتبتها ورفع الزانية والزاني بالابتدا او خبرهما محذوف تقديره وفيما فرض عليكم
الزانية والزاني اي حكمهما وهو الجلد ويجوز ان يكون الخبر وهو ان يكون الخبر فاجلدوا
وهو مذهب المبرد والاول مذهب الخليل وسيبويه ودخول الفا في الخبر ليضمن المبتدا
معنى الشرط لان الالف واللام بمعنى التي اي التي زنت والذي زنى فاجلدوهما كقولك من زنى
فاجلدوه وانما قيدنا بالحر احترازا عن العبد لان الجلد يتنصف في حقه كما يجي عن
قريب ان شا الله تعالى وانما قدم في الاية المراة على الرجل في الذكر لانها هي الاصل في الزنا لانها
اذا لم تمكنه لا يتحقق الزنا بخلاف اية السرقة حيث قدم الرجل فيها على المراة لان الرجل هو
الاصل في باب العدوان وان كان يقع من المراة ايضا **قوله** يامر الامام بضربه بسوط
لا ثمرة له ضربا متوسطا اي يضربه بين القوي والضعيف لان الضرب المبرح ربما يودي

الى التلف والمقصود من الحد الزجر لا الاتلاف ولا يحصل الزجر وهو المقصود بالضعيف
فيختار الوسط وروي ان النبي عليه السلام امر الجلاد ان لا يبين ابطه وانما يضرب بسوط
لا ثمرة له لانه اذا كان له ثمرة يكون كل ضربة ضربتين فلا يجوز ان يزاد في قدر الحد ويقيم
الحد من يعقل ويبصر واذا كان رجل وجب عليه الحد وهو ضعيف الخلقة فخيف عليه الهلاك
اذا ضرب يجلد جلدا خفيفا مقدار ما يتحمله كذا في الفتاوى الولوالجي **قوله** بين المبرح
وغير المولم يقال برح به هذا الامر اي غلظ عليه واشتد **قوله** وينزع عنه ثيابه هذا
لفظ القدوري قال صاحب الهداية معناه دون الازار يعني ينزع ثياب الزاني غير المحصن
دون الازار وذلك لان المقصود الزجر بايصال الالم والثياب يمنع ذلك فينزع
بخلاف الازار فانه لا ينزع كيلا ينكشف العورة وكذلك الحكم في حد شرب الخمر والتعزير
اما في حد القذف فلا يجوز الا انه ينزع عنه الفرو والحشو وسيجيء ذلك في باب حد القذف
ثم اشد الضرب التعزير ثم حد الزنا ثم حد الشرب ثم حد القذف وسيجيء بيان ذلك في
فصل التعزير ان شاء الله تعالى هذا في حق الرجل فان المراة لا تجرد في الحد وكلها لانها
عورة الا ان الحشو والفرو ينزعان وبذكر بعد هذا ان شاء الله تعالى **قوله** وهذا
الحد اي حد الزنا **قوله** ويفرق الضرب على اعضائه هذا لفظ القدوري اي يفرق
الضرب على اعضاء المحدود على الكتفين والذراعين والعضدين والساقين والقدمين لان
الجمع في مكان واحد ربما يؤدي الى التلف وذلك غير مستحق عليه قال الحاكم الشهيد في الكافي
ويعطي كل عضو حظه من الضرب ما خلا الوجه والراس والفرج في قول ابي حنيفة وقال
ابو يوسف يضرب الراس ايضا وكان قوله الاول مثل قول ابي حنيفة وقال في شرح
الطحاوي روي عن ابي يوسف انه قال يضرب على الراس ضربة واحدة وعند الشافعي
يضرب كله على الظهر وقال في الشامل وعن بعض مشايخنا لا يضرب الصدر والبطن
لانه مقتل كالراس وروى صاحب الاجناس عن كتاب الحدود املاء رواية ابي سليمان
فقال يتقي الوجه والفرج والبطن والصدر ويضرب الراس وجه قول الشافعي
ما روي في السنن عن ابن عباس ان هلال بن امية قذف امراته عند النبي عليه السلام
بشريك بن سحما فقال النبي عليه السلام البينة او حد في ظهرك ولابي يوسف ما روي
عن ابي بكر الصديق رضي الله عنه انه قال اضربوا الراس فان فيه شيطانا وانه
عضو صلب لا يخاف منه التلف ولابي حنيفة ومحمد ان جميع الاعضاء تلذذ بالمعصية
فيعطى كل عضو حظه من الضرب ولان الحد يراد به التطهير من الذنب وجميع الاعضاء
تحتاج الى التطهير الا ان الضرب على الفرج مهلك والحد زاجر لا متلف ولهذا امر النبي
عليه السلام بحسم يد السارق بعد القطع والراس مجمع الحواس فيخاف منها على عقله وعامة
حواسه والوجه مجمع المحاسن فيخاف من ضربه ان يصير مثلة وهي منهية وقد روي عن
علي رضي الله عنه انه قال اتق الوجه والمذاكر وفي الامر باتقاء الوجه استثناء الراس
دلالة ولا حجة للشافعي بخبر هلال لان تخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي ما عداه وقد
دل الدليل على جلد سائر الاعضاء فصار ذكر الظهر كناية عن الضرب لا بيانا لموضع
الضرب لما بينا واثر ابي بكر ليس بحجة لابي يوسف لان ذلك ورد في شرك من اهل الحرب
محلوق الراس وضرب راسه واجب واهلاكه مستحق كذا اجاب عنه فخر الاسلام وغيره

في شرح

في شرح الجامع الصغير **قوله** قال الا راسه ووجهه وفرجه اي قال القدوري في مختصره
وهو استثناء من قوله ويفرق الضرب على اعضائه من بيانه انفا **قوله** اتق الوجه والمذاكر
الذكر من كل شيء خلاف الانثى والجمع ذكران وذكورة وذكارة وذكر الانسان معروف فاما
قولهم المذاكير فلا ادري ما واحده كذا في الجمهرة وقيل هو جمع الذكر الذي هو العضو على
خلاف القياس وكانهم فرقوا بذلك بين الذكر الذي هو الفحل وبين الذكر الذي هو العضو **قوله**
وانما يضرب سوطا يعني على قول ابي يوسف يضرب الراس سوطا لا غير **قوله** من دعاة الكفر
الدعاة جمع داع كالقضاة جمع قاض **قوله** ويضرب في الحدود كلها قائما غير ممدود وهو
من مسائل الجامع الصغير المعادة قال في الاصل بلغنا ذلك عن علي بن ابي طالب وكذا يضرب
في التعزير قائما اما المراة فانها تضرب قاعدة لان ذلك استر لها كذا في شرح الطحاوي ولان
الحد بناء على التشهير زجرا للعامة عن مباشرة سبب الحد والقيام ابلغ في التشهير فيختار القيام
بخلاف المراة فان امرها على الستر والقعود اقرب الى الستر وفي معنى قوله غير ممدود اختلف
المشايخ قال بعضهم لا يمد المحدود بين العقابين كما يفعل بين يدي الظلمة لانه بدعة وقال
بعضهم لا يمد السوط فوق راس الضارب بالرفع وقال بعضهم لا يمد على بدن المحدود بعد
الضرب لانه يجرحه والحد شرع مولما لا جارحا وقال بعضهم اراد به ان لا يبسط على
الارض فيقعد رجل على راسه والاخر على رجله وكل ذلك لا يفعل لانه زيادة على قدر
الحد بل في الحدود كلها لا يمسك ولا يربط ولا يبطح بل يترك قائما الا ان يعجزهم فلا باس حينئذ ان
يشد او على اسطوانة ونحوها قال في المغرب العقابان عودان ينصبان مغروزين في الارض
يمد بينهما المضروب او المصلوب **قوله** وان كان عبدا جلده خمسين هذا لفظ القدوري
والاصل فيه قوله تعالى فاذا احصن فان اتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من
العذاب اي الاماء اذا احصن اي تزوجن فان اتين بفاحشة اي زنين فعليهن نصف ما على
المحصنات اي الحرائر من العذاب اي من الحد اي عليهن نصف الحد والحد مائة جلدة على الحر
والحرة اذا لم يكونا محصنين ونصف ذلك خمسون فيكون ذلك حد الامة فاذا كان ذلك حد
الامة يكون ذلك حد العبد ايضا لان الموثر للنقصان فيهما واحد وهو الرق ولان الرق
منصف للنعمة الا ترى ان العبد لا يتزوج الا اثنتين وللامة من القسم نصف ما للحرة فلما
انتصف النعمة بالرق انتصف العقوبة ايضا لان العقوبة انما تتغلظ بحسب تكامل
النعمة لان الجناية تكون حينئذ اغلظ والحسن يؤيده قوله تعالى يا نساء النبي من يات منكن
بفاحشة مبينة يضاعف لها العذاب ضعفين ثم قال يا نساء النبي لستن كاحد من النساء ثم اريد
بالعذاب في الاية الجلد لا الرجم بدلالة الاتساق ولان الرجم قتل والقتل لا يتنصف فانما
عليهن نصف الشيء الذي له نصف وهو الجلد **قوله** والرجل والمراة في ذلك سواء اي
في الحد لشمول النصوص اياهما سواء لانهما ان كانا محصنين فعلى كل واحد منهما الرجم وان
لم يكونا محصنين ففي الحر والحرة يجب على كل واحد منهما جلد مائة وفي العبد او الامة
يجب جلد خمسين وكذلك في ظهور الزنا عند القاضي بالبينة او الاقرار اربع مرات فكل
ما يشترط في حق الرجل يشترط في حق المراة الا ان المراة لا ينزع عنها لباسها لئلا ينكشف
عورتها الا الحشو والفرو فانهما ينزعان لئلا يمنعا ايصال الالم الى البدن وكذلك تجلد
قاعدة لان القعود استر لها **قوله** لما روينا اي من حديث علي رضي الله عنه وهو قوله

بعض الرجال في الحدود قياما والشافعي رد **قوله** وان حفر لها في الرجم جاز وهذا لفظ
القدوري والاصل فيه ما روي في السنن مسندا الى ابي بكرة عن ابيه ان النبي عليه السلام رجم
امراة فحفر لها الى الثندوة وكذلك فعل علي رضي الله عنه بشراحة الهمدانية حين رجمها وقد
حدث الشيخ ابو جعفر الطحاوي في شرح الاثار باسناده ان عليا حفر لها في الرحبة الى منكبها
ثم رماها ورماها الناس ثم قال ارموا ولو ترك الحفر جاز لان ثيابها تسترها والنبي عليه
السلام لم يامر بذلك لكن الحفر احسن للامن عن الانكشاف وذكر في المغرب ان الثندوة
بفتح الاول والواو وبالضم والهمزة مكان الواو والواو في الثاني مضمومة ثدي الرجل او
لحم الثديين وقال في المجمل ثندوة الرجل كثدي المراة وهو مهموز اذا ضم اوله فاذا فتح
لم يهمز ويقال هو طرف الثدي فعلى هذا يكون المراد في الحديث طرف الثدي وهمدان بفتح
الها وسكون الميم حي من العرب كذا اثبته صاحب الديوان **قوله** ويحفر الى الصدر لما روينا
اي من حديث الغامدية حيث حفر لها الى الثندوة **قوله** ولا يحفر للرجل لانه عليه السلام
ما حفر لماعز وقد حدث صاحب السنن باسناده الى ابي سعيد قال لما امر رسول الله صلى
الله عليه وسلم برجم ماعز خرجنا به الى البقيع فوالله ما اوثقناه ولا حفرنا له ولكنه قام
لنا ولان مبنى الحد في الرجل على التشهير وترك الحفر ابلغ في ذلك وهذا هو ظاهر الرواية وقال
الطحاوي ان شاوا حفروا له وان شاوا لم يحفروا له **قوله** والربط والامساك غير
مشروع يعني في الرجم وذلك لان ماعزا لم يربط ولم يمسك قال الحاكم الشهيد ولا يحفر للمرجوم
ولا يربط بشيء ولا يمسك ولكنه ينصب قائما للناس فيرجم وقال في شرح الطحاوي فان اخذوا
في رجمه فهرب فانه لا يتبع ويكون ذلك رجوعا بخلاف الشهادة فانه يتبع اذا هرب لانه
بعد الشهادة لا يصح رجوعه وانكاره وذكر الطحاوي اذا اتوا لرجمه اياه يصفون كما في
الصلاة فكلما رجم قوم تنحون ويتقدم غيرهم مقامهم فيرجمون ولم يذكر هذا في الاصل
قوله ولا يقيم المولى الحد على عبده الا باذن الامام هذا لفظ القدوري في مختصره
وقال الشافعي يملك المولى ذلك اذا كان رجلا حرا عدلا والحد جلد وان كان قطعا فله
فيه قولان كذا ذكر الامام علاء الدين العالم في طريقة الخلاف وقال في شرح الاقطع واختلف
اصحابه في القطع في السرقة والقصاص والقتل بالردة فمنهم من قال لا يملك ذلك قالوا
والمذهب انه يملكه له ما روي في السنن مسندا الى علي رضي الله عنه قال فجرت جارية لال
رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا علي انطلق فاقم عليها الحد فانطلقت فاذا بها دم يسيل
لم ينقطع فاتيته فقال يا علي افرغت فقلت اتيتها ودمها يسيل فقال دعها حتى ينقطع دمها
ثم اقم عليها الحد واقيموا الحدود على ما ملكت ايمانكم قال في الجامع الترمذي كانت الجارية له
حديثة عهد بنفاس وروي في الجامع الترمذي مسندا الى ابي هريرة رضي الله عنه قال قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا زنت امة احدكم فليجلدها ثلاثا بكتاب الله فان عادت
فليبعها ولو بحبل من شعر ولانه يملك التعزير صيانة لملكه عن الفساد فكذا يملك الحد
ولانه من باب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر فيملك المولى ذلك ولنا ما روى اصحابنا
في كتبهم عن ابن مسعود وابن عباس وابن الزبير موقوفا ومرفوعا اربع الى الولاة الحدود
والصدقات والجمعات والفيء ولان الحد حق الله فلا يجوز للمولى ان يستوفيه لانه اجنبي
في حقه فلا يجوز للاجنبي ان يتصرف في حق غيره ولان ولاية المولى ولاية خاصة وهي ملك

الرتبة

الرتبة فلا يملك لها الحد كالاب والوصي فان قيل ما الحق ولم
قلتم ان الحد حق الله تعالى ونحن لا نسلم ذلك ولئن سلمنا لكن لا نسلم ان كونه حقا لله تعالى ينافي
كونه حقا للعبد ولم لا يجوز ان يكون حقا للمولى ايضا قلنا
الحق يستعمل على وجهين في معنى معقود عليها اضافي ويراد به الثابت المتحقق الذي له وجود بذاته
واثره كقولك دين الاسلام حق ودين النصارى ليس بحق اي هذا الدين له وجود وتحقق
بذاته واثره وذلك ليس له وجود وتحقق بذاته واثره بل هو باطل مضمحل ذاهب متلاشي
ويستعمل في معنى اضافي كقولك هذا حق فلان وذاك حق فلان الاخر والمراد منه ما يختص
به فلان ويطلب منه رعاية جانبه بدليل الاطراد والانعكاس فكل ما يختص به فلان
ويطلب منه رعاية جانبه يصح ان يقال انه حقه وكل ما لم يختص به فلان ولم يطلب منه
رعاية جانبه يصح ان يقال انه ليس بحقه فبعد ذلك نقول ان الحد حق الله تعالى لان
المقصود منه الزجر واخلاء العالم عن الفساد واخلاء العالم عن الفساد حق الله تعالى
فيكون الحد حق الله تعالى بيانه ان العالم في الاصل كله عبيده وعرضه لله تعالى الا انه
تعالى جعل بكرمه ولطفه بعض الاشياء حق العبد بوقوع نفعه خاصا له ومن فاز بالسبب
فاز بالمسبب اما ما كان نفعه عاما فهو في حقا لله تعالى على ما كان لانه ليس ادمي اولى من
غيره لعموم نفعه ولا يجوز ان يكون فيه حق المولى لانه لو كان له حق لجاز اسقاطه ذلك
برضاه وحيث لم يؤثر رضاه في الاسقاط علم انه لا حق له اصلا فلما لم يكن للعباد حق في الحد
لم يجز استيفاء المولى بلا اذن نائب الشرع وهو الامام بخلاف التعزير فانه حق العبد ولهذا
لو اسقطه من له الحق برضاه يسقط يدل على انه حق العبد تعزير الصبي لان حق الله تعالى
موضوع عنه والجواب عما تمسك به الشافعي فنقول ذاك محمول على التسبيب بان يكون المولى
سببا في حد عبده بالمرافعة الى الامام وانما قلنا ذلك لان ظاهره متروك بالاجماع لانه لا
يقتضي الوجوب ولا يجب على المولى اقامة الحد على عبده بالاجماع اما على مذهبنا فظاهر وكذا
على مذهبه لانه يجوز ان يقيم المولى الحد ولا يجب عليه فلما كان الحديث متروك الظاهر حملناه
على ما قلنا بدليل ما بينا والامر بالمعروف بالمرافعة الى الامام ايضا **قوله** ولهذا يعزر
الصبي وحق الشرع موضوع عنه الواو في وحق الشرع للحال ذكر قوله ولهذا ايضاحا لكون
التعزير حق العبد **قوله** واحصان الرجم ان يكون حرا عاقلا بالغا مسلما قد تزوج امراة نكاحا
صحيحا ودخل بها وهما على صفة الاحصان هذا لفظ القدوري في مختصره اعلم اولا ان الزنا
سبب لوجوب الجلد والرجم جميعا لكن للرجم شرائط من الحرية والعقل والبلوغ والاسلام
والنكاح الصحيح والدخول على وجه يوجب الغسل وهما على صفة الاحصان فاذا وجدت
هذه الشرائط يجب الرجم والا فيجب الجلد ثم اعلم ان الدخول اخر شرائط الاحصان حتى
لو وجد الدخول اولا ثم وجد سائر الشرائط لا يكون محصنا ما لم يوجد الدخول بعدها
بيانه فيما قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي ان المسلم البالغ العاقل تزوج امراة نصرانية
فدخل بها ثم اسلمت المراة فقبل ان يدخل بها بعد الاسلام زنى الرجل لا رجم عليه لانه لم يدخل
بها بعد اسلامها ولم يكمل شرائط احصانه عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يكون
محصنا ولو كانت المراة امة فدخل بها زوجها ثم اعتقها المولى فما لم يدخل بها بعد العتق لا
يكمل الاحصان بالاتفاق وكذلك لو دخل بها وهي صغيرة ثم ادركت وكذلك لو كانت

تحته امراة حرة مسلمة وهما محصنان فارتدا معا بطل احصانهما ثم اذا اسلما لا يعود احصانهما الا بعد الدخول بها بعد الاسلام الى هنا لفظه ثم نرجع الى بيان الشرائط ولا خلاف فيها الا في الاسلام وسنذكره بعد بيانها ان شاء الله تعالى اما اشتراط العقل والبلوغ فلان اهلية الخطاب لا يتحقق بدونهما لما روي في السنن مسندا الى علي رضي الله عنه عن النبي عليه السلام قال رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يعقل ولان الرجم عقوبة وهما ليسا من اهل العقوبة فلا يجب الرجم عليهما لا واما اشتراط سائر الشرائط من الحرية والنكاح الصحيح والدخول والاسلام وكونهما على صفة الاحصان عند الدخول فليتكامل الجناية وذلك لان الرجم نهاية العقوبة فيكون سببه نهاية في الجناية ايضا لان المسبب ابدا يثبت بحسب ثبوت السبب حسا وشرعا وتناهي الجناية انما يكون اذا وجدت هذه الشرائط في الزاني اذ عند وجودها يتوفر النعم والجناية عند توفر النعم اغلظ وافحش الا ترى الى قوله تعالى يا نساء النبي من يات منكن بفاحشة مبينة يضاعف لها العذاب ضعفين فعلى هذا عرفت ان احصان احد الزوجين شرط لاحصان صاحبه بخلاف احصان احد الزانيين حتى لا يكون شرطا لاحصان الاخر حتى يحد كل واحد منهما حد نفسه جلدا كان او رجما ثم لا يكون محصنا بالدخول في النكاح الفاسد لانه لا يبيح الوطي وكذا لا يكون محصنا ايضا بالجماع في النكاح الصحيح اذا كان قال ان تزوجتك فانت طالق نص عليه الحاكم الشهيد في الكافي واما الاسلام فانه شرط الاحصان في ظاهر الرواية عن اصحابنا جميعا لما قلنا وروي عن ابي يوسف ان الاسلام ليس بشرط وهو قول الشافعي وثمرة الخلاف ان الذمي الثيب الحر اذا زنى عندنا يجلد ولا يرجم وعندهما يرجم لهما ما روي في الصحيح البخاري والسنن مسندا الى ابن عمر رضي الله عنهما انه قال ان اليهود جاؤا الى النبي عليه السلام فذكروا له ان رجلا منهم وامراة زنيا فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ما تجدون في التوراة في شان الزنا قالوا نفضحهم ويجلدون فقال عبد الله بن سلام كذبتم ان فيها الرجم فاتوا بالتوراة فنشروها فجعل احدهم يده على اية الرجم ثم جعل يقرا ما قبلها وما بعدها فقال له عبد الله بن سلام ارفع يدك فرفعها فاذا فيها اية الرجم فقال صدق يا محمد فيها اية الرجم فامر بهما رسول الله صلى الله عليه وسلم فرجما ولان بكرهم كبكر المسلمين في حق الجلد فينبغي ان يكون ثيبهم كثيب المسلمين في حق الرجم والجواب عن الحديث يجيء عن قريب ان شاء الله تعالى ولنا ما روى اصحابنا في كتبهم عن ابن عمر رضي الله عنه عن النبي عليه السلام انه قال من اشرك بالله فليس بمحصن وروي في المبسوط وغيره عن النبي عليه السلام انه قال لحذيفة وقد تزوج يهودية دعها فانها لا تحصنك وكذلك قال عمر رضي الله عنه لكعب بن مالك ولان زنا الثيب الكافر لا يساوي زنا الثيب المسلم في كونه جناية وتفاوت الجناية توجب التفاوت في العقوبة والحكم بالتساوي في العقوبة مع التفاوت في الجناية قبيح عقلا بيانه التفاوت ان زنا المسلم وقع قبيحا من حيث انه وطي حرام واضاعة للولد وافساد للفراش وكفران للنعمة لان الاسلام من اعظم النعم والنعمة موجبة للشكر لقوله تعالى واشكروا نعمة الله وانتم زناه وضع الكفران موضع الشكر وسائر الشرائط ان وجدت في حق الكافر لم يوجد كفران نعمة الاسلام والزنا الذي يحصل به كفران نعمة الاسلام

اقبح وافحش من الزنا الذي لا يحصل به الكفران ولا يجوز اثبات الرجم في الكافر بالقياس بان يقال تساويا في الجلد فيتساويان في الرجم لان الحدود لا تثبت بالقياس لما فيه من الشبهة وقد صح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ادرؤا الحدود بالشبهات ولان احصان القذف يشترط فيه الاسلام بالاتفاق مع ان القذف اضعف من الزنا فلان يشترط الاسلام في احصان الرجم اولى واحرى وتساوي المسلم والكافر في الجلد لا يلزم علينا لان القياس كان يقتضي ان يكون جلد المسلم اكثر من ذلك الا ان الشارع ترحم عليه حتى حط عنه بعض العقوبة وجعل عليه من الجلد مقدار ما وجب على الكافر والجواب عن الحديث فنقول كان ذلك بحكم التوراة في ابتداء الاسلام ولهذا سالهم رسول الله صلى الله عليه وسلم عن حد الزنا في التوراة كما روينا ثم لما تقرر الاسلام نسخ ذلك يدل على ذلك ما روى صاحب الكشاف عن اهل الحجاز انهم قالوا ان النبي عليه السلام رجم اليهوديين قبل نزول الجزية ذكره في سورة المائدة يعني انهم لما اقروا بقبول الجزية على شركهم سقط الرجم ثم قيد بالرجم في قوله واحصان الرجم احترازا عن احصان القذف فان بينهما مغايرة على ما يجيء في باب القذف ان شاء الله تعالى **قوله** دونهما اي دون العقل والبلوغ **قوله** وما وراءهما اي وما وراء العقل والبلوغ من الشرائط **قوله** عند تكثرها اي تكثر النعمة والنعمة ما انعم الله به على عباده من مال او رزق كذا في الجمهرة وفي الاصطلاح يعني بها النفع الواصل من جهة الغير من غير سابقة الاستحقاق على ذلك الغير **قوله** وهذه الاشياء من جلائل النعم اي الحرية والعقل والبلوغ والاسلام والدخول بها في نكاح صحيح وهما على صفة الاحصان **قوله** عند اجتماعها اي اجتماع هذه الاشياء **قوله** فيناط به اي يتعلق الرجم باجتماع هذه الاشياء فاذا وجد الزنا عند اجتماعها يجب الرجم والا فلا **قوله** بخلاف الشرف والعلم يتصل بقوله وهذه الاشياء من جلائل النعم جوابا لسؤال مقدر بان يقال لما كانت الاشياء المذكورة من جلائل النعم كانت شرائط الاحصان والشرف والعلم ايضا من اجل النعم فينبغي ان يكونا من شرائط الاحصان فاجاب عنه فقال بخلاف الشرف والعلم لان الشرع لم يعتبرهما لانهما لا ينضبطان لانه ليس لهما حد معلوم اما نعمة الاسلام فمضبوط ولها حد معلوم وكذا نعمة الجمال لم يكن شرطا في الاحصان لعدم الضبط والشرف علو الحسب وحسب الرجل ما تعد اباؤه عند اللغة كذا في الجمهرة **قوله** والنكاح الصحيح من الوطي الحلال اي النكاح الصحيح يمكن الناكح من الوطي الحلال والاصابة شبع بالحلال اي الاصابة بالنكاح الحلال شبع للزوج من الزنا يعني يحصل بالنكاح الصحيح مكنة في الوطي الحلال وبالدخول يحصل الشبع وكذا الاسلام يحصل به المكنة من نكاح المسلمة ويؤكد الاسلام ايضا اعتقاد الحرمة فكان كل واحد منها نعمة فيشترط في احصان الرجم ليكون وجوب الرجم المتناهي في العقوبة بعد تكامل النعمة **قوله** فيكون الكل مزجرة عن الزنا اي سبب الزجر **قوله** وشرط صفة الاحصان فيهما عند الدخول اي في الزوج والزوجة يعني شرطت في قول القدوري ودخل بها وهما على صفة الاحصان وفائدته ما قال في المتن لو دخل بالمنكوحة الكافرة او المملوكة او المجنونة او الصبية لا يكون محصنا قال الحاكم الشهيد في الكافي قال ابو يوسف يكون محصنا بجماع الكافرة هذا هو ظاهر الرواية عن ابي يوسف وروى الطحاوي والكرخي في غير ظاهر الرواية عن ابي يوسف ان النصارى يحصن بعضهم بعضا وان المسلم يحصن النصرانية ولا تحصن المسلم **قوله** وكذا اذا كان الزوج موصوفا باحدى هذه الصفات وهذا ايضا فائدة

شرط الاحصان فيهما عند الدخول اي لا يكون الزوج محصنا ايضا اذا كان هو كافرا وزوجها مسلمة
اوكان مملوكا وزوجها حرة اوكان مجنونا وزوجها عاقلة اوكان صبيا وزوجها بالغة وهذا لان
المجنون يوجب النفرة والصبا يقلل الرغبة ويعتد عن المرقوقة لئلا يرق ولدها فليس مع
الاختلاف ائتلاف فلا يتكامل النعمة مالم ينتف هذه العوارض ولا يقال كيف يتصور ان يكون الزوج
كافرا والمراة مسلمة لانا نقول يتصور فيما اذا كانا كافرين فاسلمت المراة ثم دخل بها الزوج فانهما
بعد زوجان مالم يفرق القاضي بالاباء عند عرض الاسلام **قوله** والحجة عليه ما ذكرناه اي الحجة
على ابي يوسف قوله عليه السلام من اشرك بالله فليس بمحصن **قوله** وقوله عليه السلام لا يحصن
المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحر الامة والحرة العبد عطف على قوله ما ذكرناه اي الحجة
على ابي يوسف ما ذكرناه وهذا الحديث ثم هذا الحديث مذكور مرسلا هكذا في باب الاحصان من
مبسوط شمس الائمة السرخسي ولكن محمد انما قال في الاصل لا يحصن الرجل المسلم الا المراة الحرة
المسلمة اذا دخل بها ثم قال بلغنا ذلك عن عائشة وابراهيم النخعي **قوله** ولا يجمع في المحصن بين
الرجم والجلد هذا لفظ القدوري في مختصره قال في شرح الاقطع قال اهل الظاهر يجلد المحصن
ثم يرجم قلت هو قول احمد بن حنبل في احدى الروايتين عنه والرواية الاخرى عنه مثل قولنا
وقول اسحاق مثل قول احمد انه يجلد ويرجم لهم ما روي في السنن وغيره مسندا الى عبادة بن الصامت
رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الثيب بالثيب جلد مائة ورمي بالحجارة والبكر
بالبكر جلد مائة ونفي سنة وحدث الطحاوي باسناده في شرح الاثار الى عبادة بن الصامت ايضا
قال قال رسول الله عليه السلام خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر جلد مائة وتغريب
عام والثيب بالثيب جلد مائة والرجم وروى الطحاوي ايضا باسناده الى جابر ان رجلا زنى فامر به
النبي عليه السلام فجلد ثم اخبر بانه كان قد احصن فامر به فرجم قال في الجامع الترمذي العمل
على هذا عند بعض اهل العلم من اصحاب النبي عليه السلام منهم علي بن ابي طالب وابي بن كعب صح
وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهم ولنا ما روى البخاري في الصحيح وغيره مسندا الى ابي
هريرة عن النبي عليه السلام قال يا انيس اغد على امراة هذا فان اعترفت فارجمها فاعترفت
فرجمها بيانه ان النبي عليه السلام امر بالرجم وحده لا بالجلد والرجم جميعا وقد صح في جميع كتب
الحديث ان النبي عليه السلام رجم ماعزا ولم يجلده قال في الجامع الترمذي قال بعض اهل العلم
من اصحاب النبي عليه السلام منهم ابو بكر وعمر رضي الله عنهما وغيرهما الثيب انما عليه الرجم ولا يجلد
ولان اقصى ما في الباب من العقوبة الرجم فلا حاجة الى ما دونه مع وجوده ثم ان كان الجلد لزجر
غير الزاني فزجر غيره يحصل بالرجم فوق ما يحصل بالجلد وان كان لزجر الزاني فزجره بعد هلاكه
بالرجم لا يكون ولان العقوبات المتفق عليها شيء واحد كالقطع في السرقة والجلد في القذف فلا ينبغي
ان يكون عقوبة الزاني المحصن ايضا كذلك شيئا واحدا وهو الرجم والجواب عن حديث عبادة فنقول
ان ذلك منسوخ لان اول اية نزلت في هذا الباب قوله تعالى واللاتي ياتين الفاحشة من نسائكم الى
قوله او يجعل الله لهن سبيلا ثم نسخ ذلك بقوله عليه السلام خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا الحديث
ولم يكن بين الاية وبين حديث عبادة حكم اخر ثم حديث ماعز يكون متاخرا عن حديث عبادة لا
محالة وكذا حديث ابي هريرة وقد رواه ايضا زيد بن خالد الجهني وهو ما قاله رسول الله لانيس
اغد على امراة هذا الحديث والحكم المتاخر من رسول الله ينسخ حكمه المتقدم لا محالة اذا كان بين
الحكمين مخالفة وجواب حديث جابر سهل لان النبي عليه السلام لما اخبر ان المحدود محصن رجمه

بعد ان جلده على انه غير محصن فلم يكن ذلك جمعا بين الجلد والرجم لان الجلد لم يقع حدا اصلا
لانه كان باعتبار انه غير محصن فان قيل كيف يصح دعوى النسخ
وقد صح عن علي رضي الله عنه انه جلد سراحة ثم رجمها وقال جلدتها بكتاب الله تعالى ورجمتها بسنة
رسول الله عليه السلام قلت قد ثبت النسخ بدليل حديث ماعز
وانيس ثم حديث علي وحكمه في خلافته بالجمع بين الجلد والرجم ان ثبت فقد ثبت اجماع الصحابة
قبل ذلك بخلافه في خلافة عمر رضي الله عنهم فاجماعهم اولى من تفرده بحكم بعد اجماعهم المنعقد
الا ترى الى ما حدث الطحاوي في شرح الاثار عن يونس قال اخبرنا ابن وهب ان مالكا حدثه
عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار عن ابي واقد الليثي ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه اتاه
رجل وهو بالشام فذكر انه وجد مع امراته رجلا فبعث عمر ابا واقد الليثي الى امراته يسالها
عن ذلك فاتاها وعندها نسوة حولها فذكر لها الذي قال زوجها لعمر بن الخطاب واخبرها انها لا
تؤخذ بقوله وجعل يلقنها اشباه ذلك لتنزع فابت ان تنزع وتثبت على الاعتراف فامر بها عمر
فرجمت وكان ذلك بحضرة اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يجلدها عمر قبل الرجم فحل
محل الاجماع لانه ما خالفه احد حينئذ ويحتمل ان يكون علي رضي الله عنه جلدها لانه لم
يكن ثبت احصانها ثم لما ثبت احصانها رجمها وقال جلدتها بكتاب الله وهو قوله تعالى الزانية
والزاني فاجلدوا والاية بعمومها ورجمها بالسنة حين ثبت الاحصان ويجابه ان لا يكون قد استكمل الجلد
ثم رجمها وهو قولنا اذا لم يستكمل الجلد حين ثبت الاحصان **قوله** ولا يجمع في البكر بين الجلد
والنفي هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه الا ان يرى الامام مصلحة فيغربه على قدر
ما يرى قال الحاكم في الكافي قال ابن ابي ليلى ينفى الى بلد غير البلد الذي فجر فيه اعلم ان حد
زنا البكر عندنا جلد لا غير وعند سفيان ومالك وعبد الله بن المبارك والشافعي واحمد واسحاق
يجلد وينفى سنة ان كان البكر حرا وفي العبد ثلاثة اقوال عن الشافعي في قول يغرب ستة اشهر
وفي قول سنة وفي قول لا يغرب اصلا بل يجلد خمسين وهو قول احمد والمراة تغرب مع
محرم واجرته عليها في قول وعلى بيت المال في قول وان امتنع المحرم قيل يجبره السلطان على الخروج
معها وقيل لا واذا كان الطريق امنة ففي تغريبها بغير محرم وجهان ولا ينقص في مسافة
الغربة عن مرحلتين وله الخيار في جهات السفر فان رجع الغريب الى بلده لم يتعرض له
واذا عاد المغرب يخرج ثانيا ولا يحبس المراة الماشية لهم قوله عليه السلام خذوا عني
قد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام والثيب بالثيب جلد مائة والرجم وروي
في الجامع الترمذي مسندا الى ابن عمر رضي الله عنهما ان النبي عليه السلام ضرب وغرب وان ابا
بكر ضرب وغرب وان عمر ضرب وغرب ولان في التغريب قطع مادة الزنا لان الزنا انما يكون
بالمصاحبة والمحادثة مع الاحباب والحبايب عند فراغ القلب والغربة تفوت هذه الاشيا
وتمنع عنها يدل على هذا ما قيل لامراة من العرب ما حملك على الزنا مع فضل عقلك قالت طول
السواد وقرب الوساد والسواد مصدر ساوده اذا ساره ولنا قوله تعالى الزانية والزاني
فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة بيانه انه تعالى جعل جزاء كل واحد من الزانية والزاني
الجلد لا غير وهذا لان الفاء للجزاء والجزاء اسم عن الكافي فينفي وجوب غيره كما اذا قال لامراته
ان دخلت الدار فانت طالق واحدة فاذا وجد الشرط يقع طلاق واحد لا غير لانه جميع الجزاء
فلا يجب النفي اذا ولنا وروى البخاري في الصحيح مسندا الى ابي هريرة وزيد بن خالد ان رسول الله

صلى الله عليه وسلم سئل عن الامة اذا زنت ولم تحصن قال ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها
ثم ان زنت فاجلدوها ثم بيعوها ولو بضفير والضفير الحبل وقال رسول الله عليه السلام
واقيموا الحدود على ما ملكت ايمانكم وقال رسول الله عليه السلام اذا زنت امة احدكم فليجلدها
ثلاثا بكتاب الله تعالى فان عادت فليبعها ولو بحبل من شعر قدموا الحديثان عند قوله ولا يقيم
المولى الحد على عبده وجه التمسك بهذه الاحاديث ان النبي عليه السلام امر بالجلد على الامة ولو كان
النفي واجبا لشرعه مع الحد البتة ايضا لانه تعالى قال فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب
ولان في التغريب ان كان اعداما للزنا من الوجه الذي قال الخصم فتح باب الزنا من وجهين
اخرين احدهما ان الانسان يمتنع عن الزنا في بلده استحياء من اقاربه وعشايره وبعض معارفه
وفي الغربة يرتفع الحيا فيقع في الفاحشة لانتفاء المانع والثاني ان المراة محتاجة الى النفقة لا
محالة وهي عاجزة عن الكسب فتتخذ الزنا مكسبه فتقعد فيه وذلك افتح وجوه الزنا واخبثها
ولان فيما قال يلزم اثبات الحد بالراي وذلك لا يجوز لان الحد لا يثبت بالشبهة وفي الراي
شبهة ولان الاية اوجبت جلد مائة فلو كان الجلد مع التغريب حدا لم يكن الجلد وحده حدا
لانه حينئذ يكون بعض المشروع فلا يسقط به الغرض الذي لزنا اقامته كالركعة من الركعتين
فكانت الزيادة نسخا معنى فلا يجوز النسخ بخبر الواحد فان قيل لا يكون الزيادة نسخا لان كل
شيئين يصح اجتماعهما لا يكون احدهما ناسخا للاخر كايجاب الزكاة بعد الصلاة وليس يمتنع
اجتماع الجلد والنفي قلنا وقوع النسخ ليس بمقصور على ما لا يصح اجتماعهما لانه كان يصح اجتماع
الجلد مع الحبس والاذى ثم الحبس والاذى نسخا بالجلد وصوم عاشورا نسخ بصوم رمضان
وكذلك نسخت سائر الصدقات بالزكاة وقد كان يصح الاجتماع ولا تشبه الزيادة على النص
ايجاب فرض بعد فرض لان وجود الفرضين وعدمه لا تاثير له في الفرض الاخر لا في الجواز احدهم
ولا في البطلان لان ترك الزكاة لا يوثر في صحة الصلاة وعدم بعض الحد يمنع كون الباقي
حدا كما اذا ترك بعض اعضا الوضو في الطهارة يمنع الباقي ان يكون طهارة وكمن ترك ركعة من
الفرض يمنع الباقي ان يكون فرضا والجواب عما تمسكوا من حديث التغريب فنقول انه منسوخ
كحديث ماعز كما تقدم بيانه في المسيلة المتقدمة او هو منسوخ بقوله تعالى الزانية والزاني
فاجلدوا لانه عليه السلام قال خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا ولو كانت هذه الاية
نازلة من قبل لقال خذوا عن القران فدل ان الاية متاخرة ناسخة لحديث التغريب ثم
وتغريب ابي بكر وعمر رضي الله عنهما محمول على التعزير والسياسة بدليل ما قلنا وذلك
جائز عندنا ايضا وكلامنا في مشروعية النفي حدا الا ترى ان عمر رضي الله عنه نفى نصر
بن الحجاج لافتتان النسا بصباحة وجهه ومعلوم ان صباحة الوجه لا يوجب التغريب وقد
قال علي رضي الله عنه كفى بالتغريب فتنة بيانه فيما ذكر القتبي في حديث عروة بن الزبير في كتاب
الغريب ان الفريعة بنت همام ام الحجاج بن يوسف لما كانت تحت المغيرة بن شعبة وهي
القايلة الا سبيل الى خمر فاشربها ام لا سبيل الى نصر بن حجاج ويروى هل من سبيل الى
خمر فاشربها ام هل سبيل الى نصر بن حجاج وكان نصر بن حجاج من بني سليم وكان رجلا جميلا
لابجا فمر عمر بن الخطاب رضي الله عنه ذات ليلة وهذه المراة تقول ذلك البيت فدعا
بنصر بن حجاج فسيره الى البصرة فاتى مجاشع بن مسعود السلمي وعنده امراته شميلة وكان
مجاشع اميا فكتب نصر على الارض احبك حبا لو كان فوقك لاظلك ولو كان تحتك لاقلك فكتبت

المراة

المراة وانا والله فكتب مجاشع على الكتاب انا ثم ادخل كاتبا فقراه فاخرج نصرا فطلقها وكان
عمر بن الخطاب مسح ايضا قايلا بالمدينة يقول اعوذ برب الناس من شر معقل اذا احمل
باح البقيع مرجلا يعني معقل بن سنان الاشجعي وكان رجلا جميلا قدم المدينة فقال له
عمر رضي الله عنه الحق بباديتك فقال رجل شعثه بالجيم اي جعده **قوله** او الى كونه كل
المذكور الضمير راجع الى الجلد بتاويل ان المذكور في الاية هو الجلد لا غير فيكون كل المذكور
فاذا كان كل المذكور يكون كل الموجب لانه لو كان يجب شي اخر لبينه لان الموضع موضع
يحتاج اليه في البيان وترك البيان في مثل هذا الموضع لا يجوز لما يلزم الاخلال **قوله**
وهو قوله عليه السلام الضمير راجع الى شطره اي شطره الحديث قوله عليه السلام الثيب
بالثيب الحديث **قوله** وقد عرف في طريقه في موضعه اي عرف طريق نسخ قوله عليه السلام
البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام في طريقة الخلاف ونحن بيناه على وجه يرتضيه العاقل
المنصف **قوله** الا ان يرى الامام مصلحة فيغربه على قدر ما يرى استثنا من قوله ولا
يجمع في البكر بين الجلد والنفي يعني اذا راى الامام التغريب مصلحة لدعارة الزاني فيجوز ذلك
على انه تعزير وسياسة لا على انه حد كما روي عن عمر رضي الله عنه تغريب نصر وقد مر ذكره
قوله واذا زنى المريض وحده الرجم رجم هذا لفظ القدوري في مختصره اعلم ان المريض
اذا زنى لا يخلو من احد الامرين اما ان كان محصنا او غير محصن فان كان محصنا رجم بلا انتظار
لانه يستحق الهلاك والرجم في حالة المرض اقرب الى الهلاك وان كان غير محصن ينتظر الى
ان يبرا ثم يجلد لان الاهلاك ليس بمستحق عليه والجلد في هذه الحالة قد يفضي الى الهلاك
فيتوقف الى البرء ولهذا قال الشيخ ابو نصر وغيره لا يجلد في الحر الشديد ولا البرد الشديد
لخوف التلف **قوله** واذا زنت الحامل لم تحد حتى تضع حملها هذا لفظ القدوري اعلم ان
الحامل اذا زنت لا تحد حالة الحمل سوا كان حدها جلدا او رجما لان في الرجم اهلاك ولدها
والمستحق اهلاكها لا اهلاك ولدها وفي الجلد يخاف على اهلاك ولدها والحد شرع زاجرا
لا متلفا لكن تحبس الحامل ان كان ثبت زناها بالبينة الى ان تلد كيلا يفوت الحد بهربها ثم اذا
ولدت ينظر ان كانت محصنة ترجم حين تضع ولدها لان الهلاك هو المستحق والرجم في هذه
الحالة اقرب الى الهلاك لما فيها من ضعف الولادة وهذا ظاهر الرواية وروي عن ابي
حنيفة انه يوخر الرجم الى ان يستغني ولدها وان كانت غير محصنة تترك حتى تخرج من
نفاسها ثم يقام عليها الحد والمعنى ما قلنا واذا ثبت زنا الحامل بالاقرار لا تحبس لعدم الفايدة
لان رجوعها يسقط الحد ولها ذلك والهرب دليل الرجوع فلا يفيد الحبس فايدته وجه
الظاهر ما روي في السنن مسندا الى عمران بن حصين ان امراة من جهينة اتت النبي عليه
السلام فقالت انها زنت وهي حبلى فدعا النبي عليه السلام وليا لها فقال له رسول الله
احسن اليها فاذا وضعت فجي بها فلما ان وضعت جي بها فامر بها النبي عليه السلام فشدت
عليها ثيابها ثم امر بها فرجمت ثم امرهم فصلوا عليها ووجه تلك الرواية ما روي في السنن ايضا
مسندا الى عبد الله بن بريدة عن ابيه ان امراة من غامد اتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت اني
فجرت فقال ارجعي فرجعت فلما كان من الغد اتته فقالت لعلك ان تردني كما رددت ماعز
بن مالك فوالله اني لحبلى فقال لها ارجعي فرجعت فلما كان من الغد اتته فقال لها ارجعي
حتى تلدي فلما ولدت اتته بالصبي فقالت قد ولدته فقال ارجعي فارضعيه حتى تفطميه

فجاءت به وقد فطمته وفي يده شيء ياكله فامر بالصبي فدفع الى رجل من المسلمين وامر بالحفر
لها وامر بها فرجمت قال الحاكم الشهيد في الكافي فان ادعت انها حبلى اراها القاضي النساء فان
قلن هي حبلى حبسها الى سنتين ثم يرجمها واذا شهدوا عليها بالزنا فادعت انها عذراء او رتقاء
فنظر اليها النساء فقلن هي كذلك درئ عنها الحد ولا حد على الشهود ايضا وكذلك المجبوب لان
المجبوب لا يزني ولا حد على قاذفه ويقبل في العذراء والرتقاء والاشياء التي يعمل فيها بقول
النساء لان قول النساء لا يعتبر في الحدود وقول امراة واحدة قال في الفتاوى الولوالجي والمثنى
احوط **قوله** جئ تعالى من نفاسها يقال تعالت المراة من نفاسها وتعلت اي خرجت

باب الوطي الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه

ذكر اولا في اول كتاب الحدود ثبوت الحد بالبينة او الاقرار ثم ذكر بعد ذلك في فصل
يليه كيفية الحد واقامته ثم ذكر في هذا الفصل تنوع الوطي الى موجب للحد وغير موجب
له لان تنوع الشيء بعد وجوده بصفاته وهذا ظاهر **قوله** قال الوطي الموجب للحد هو
الزنا وانه في عرف الشرع واللسان وطي المراة في القبل في غير الملك وشبهة الملك اعلم
ان وضع كتاب الهداية على بيان مسائل الجامع الصغير والقدوري في كل موضع يذكره
لفظة قال يريد به محمدا او القدوري وهنا ذكر لفظة قال ولم يرد به واحدا منهما
فكان على خلاف وضعه وكان ينبغي ان يقول قال العبد الضعيف باسناد الفعل الى نفسه
او يقول اعلم ان الوطي الموجب للحد هو الزنا جئ به نفيا للالتباس ثم اعلم ان الزنا هو
الموجب للحد لقوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة والزنا
هو الوطي الحرام الخالي عن ملك الرقبة وعن ملك البضع وعن الشبهة والوطي ايلاج
الذكر في فرج المراة ونعني بالشبهة شبهة الحل والشبهة ما يشبه به الحقيقة ماخوذ
من المشابهة كالشبهة لان الاشتراك في الحروف الاصول يدل على الاشتراك في المعنى
الاصلي ثم انما يسقط الحد بالشبهة لقوله عليه السلام ادرؤا الحدود بالشبهات والشبهة على نوعين شبهة
اشتباه وهو ان يشتبه عليه الحال بان يظن انها تحل عليه وهذه الشبهة تسمى شبهة في الفعل والنوع
الثاني شبهة في المحل وهو ان يكون الشبهة ناشئة من المحل بان يكون في المحل شبهة الملك اعني
شبهة ملك الرقبة او ملك البضع وهذه الشبهة تسمى شبهة حكمية باعتبار ان المحل اعطي له حكم
الملك في اسقاط الحد وان لم يكن الملك ثابتا حقيقة ثم كل واحد من الشبهتين يسقط بها الحد
لاطلاق الحديث المذكور الا ان في كل موضع يثبت شبهة الاشتباه اذا قال علمت انها علي حرام
وجب الحد لارتفاع الشبهة بارتفاع الاشتباه وفي شبهة المحل لا يوجب الحد وان قال علمت
انها علي حرام لقيام الشبهة بقيام المحل ثم شبهة المحل على ما قالوا في شروح الجامع الصغير في
ثمانية مواضع جارية الابن وان علا وجارية الام وجارية الزوجة والمطلقة ثلاثا
اذا وطيها في العدة والمطلقة بائنا بالطلاق على مال وام ولد قد اعتقها وهي في العدة وجارية
المولى في حق العبد والجارية المرهونة في حق المرتهن على رواية كتاب الحدود وانما وجب
الحد على هذه الرواية اذا قال علمت انها علي حرام لانه لا ملك له فيها ولا حكم ملك وانما له حق
الاستيفاء فصار كالغريم وطي جارية الميت فانه يحد اذا ادعى الظن ايضا وشبهة المحل في ستة
مواضع جارية الابن والمطلقة طلاقا بائنا بالكناية لاختلاف الصحابة في ان الكنايات بوائن او
رواجع والجارية المبيع في حق البائع قبل التسليم والجارية المجعولة مهرا في حق الزوج قبل

التسليم

التسليم والجارية المشتركة بينه وبين غيره والجارية المرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب
الرهن فعلى هذه الرواية لا حد عليه لانها محبوسة للاستيفاء فاشبه الجارية المبيعة في يد
البائع **قوله** وانه في عرف الشرع واللسان وطي الرجل المراة في غير الملك وشبهة الملك فان
قلت من علامات صحة الحد ان يكون مطردا ومنعكسا فاذا انتفى
احدهما فسد الحد وهذا مطرد لا منعكس فانه يصح ان يقال كل ما كان وطي الرجل المراة هذه
الصفة فانه زنا فصار مطردا ولا يصح ان يقال كل ما ليس بوطي الرجل المراة بهذه الصفة
فليس بزنا لان فعل المراة يسمى زنا وان لم يطاها الرجل لان الواطي هو الرجل لا المراة قلت
هذا مغالطة لان الوطي امر مشترك بين الرجل والمراة فاذا وجد فعل الوطي بينهما يتصف كل
واحد منهما به ويسمى هذا واطيا وتلك واطية ولهذا سماها الله تعالى زانيا وسماها زانية
فقال الزانية والزاني ولم يقل المزني بها والزاني **قوله** فالاولى يتحقق في حق من اشتبه
عليه اي الشبهة الاولى وهي شبهة اشتباه يتحقق اذا ثبت الاشتباه وقال ظننت انها تحل لي والا فلا
قوله والثانية اي شبهة المحل يتحقق لقيام الدليل النافي للحرمة في ذاته اي يتحقق في حق
الكل سواء ادعى الظن او علم الحرمة **قوله** بالنوعين اي بشبهة الفعل وشبهة المحل **قوله**
لاطلاق الحديث وهو قوله عليه السلام ادرؤا الحدود بالشبهات **قوله** والنسب يثبت في
الثاني اذا ادعى الولد اي المذكور في الثاني وهو شبهة المحل وذلك لان الفعل لما لم يكن زنا
لشبهة في المحل ثبت نسب الولد بالدعوة لان النسب مما يحتاط في اثباته **قوله** ولا يثبت في الاولى
وان ادعاه اي لا يثبت النسب في شبهة الفعل وان ادعى الولد لانه لا حق له في المحل فوقع الفعل
زنا الا انه سقط الحد لدعوى الاشتباه وان لم يدع الظن وجب الحد قال في الفتاوى الولوالجي
ولو ادعى احدهما الظن ولم يدع الاخر فلا حد عليهما لان الشبهة في احد الجانبين يتعدى
الى الاخر **قوله** تمحض زنا اي خلص زنا **قوله** وان سقط الحد لامر راجع اليه اي الى
الفعل **قوله** وهو اشتباه الامر عليه اي الامر الراجع اليه هو اشتباه الامر على
الواطي **قوله** ولم يتمحض في الثانية اي في شبهة المحل لم يتمحض الفعل زنا لقيام الدليل النافي
للحرمة بقيام المحل **قوله** والشبهة في المحل في ستة مواضع جارية ابنه قال في الفتاوى الولوالجي
وكذا لو وطيها الجد وان علا من قبل الاب لان اسم الاب يطلق عليه **قوله** ثم الشبهة عند ابي
حنيفة تثبت بالعقد وان كان متفقا على تحريمه وهو عالم به وعند الباقين لا تثبت اذا علم
بتحريمه ويظهر ذلك في نكاح المحارم اراد بالباقين العلماء الباقين والفرق عند ابي حنيفة
رضي الله عنه في سقوط الحد بالعقد بين ان يكون العقد حلالا او حراما متفقا عليه او مختلفا
فيه او يكون الواطي عالما بالحرمة او جاهلا وسيجيء بيان ذلك عن قريب ان شاء الله تعالى عند
قوله ومن تزوج امراة لا يحل له نكاحها فوطيها لا يجب عليه الحد عند ابي حنيفة وهو المراد
بقوله ويظهر ذلك في نكاح المحارم على ما يأتيك ان شاء الله تعالى **قوله** اذا عرفنا هذا يقول
ومن طلق امراته ثلاثا ثم وطيها في العدة وقال علمت انها علي حرام حد اي اذا عرفنا الذي مهدنا
من انقسام الشبهة الى نوعين نذكر ما يتعلق بهما من المسائل وبيان حكمهما بعد بيان حقيقة
الزنا يقول هذه المسئلة وما يليها لانها تبتنى على ما قلنا وهذه المسئلة من مسائل الجامع الصغير
المعادة وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل طلق امراته ثلاثا
ثم وطيها في العدة وقال علمت انها علي حرام قال عليه الحد اعلم ان واطي مطلقته ثلاثا في العدة

يجب عليه الحد اذا قال علمت انها علي حرام واذا قال ظننت انها تحل لي لا حد عليه ولا علي قاذفه
نص عليه الحاكم في الكافي اما في الفصل الاول فلان المحلل للوطي هو الملك وقد زال المحلل من كل
وجه فلما زال من كل وجه انتفت الشبهة في المحل وشبهة الاشتباه ايضا منتفية لان الواطي يقول
علمت انها علي حرام فوجب الحد وانما قلنا بانتفا الحل من كل وجه لقوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من
بعد حتى تنكح زوجا غيره واما في الفصل الثاني فانما لم يجب الحد لانه ادعى الاشتباه فدخل الشبهة في
الفعل وهي مسقطة للحد بالحديث وانما اعتبر ظنه لانه وقع في موضعه لان اثار الملك قائمة من العدة
والحبس ووجوب النفقة في العدة على الزوج ولم يعتبر في الفصل الاول قول الزيدية والامامية شبهة
في اسقاط الحد فان الزيدية يقولون اذا طلقها ثلاثا جملة لا يقع الا واحدة والامامية يقولون لا
يقع شي اصلا لكونها خلاف السنة ويزعمون انه قول علي رضي الله عنه لان ذلك خرق للاجماع وافترا
على علي رضي الله عنه فانه قد صح عن علي انه قال كل طلاق جائز الا طلاق الصبي والمعتوه كذا ذكر
شمس الايمة السرخسي وغيره في شرح الكافي وغيره قوله ولا يعتبر قول المخالف فيه لانه خلاف
لا اختلاف اراد بالمخالف الزيدية والامامية وقد ذكرنا انفا قال الامام حميد الدين في شرحه
الفرق بين الخلاف والاختلاف ان الاختلاف ان يكون الطريق مختلفا والمقصود واحدا والخلاف
ان يكون كلاهما مختلفا هذا حاصل كلامه وقال فخر الاسلام البزدوي في اول شرح الجامع الصغير
الاختلاف من اثار الرحمة والخلاف من اثار البدعة واراد به الفرق المذكور وكذا اراد صاحب
الهداية ولي فيه نظر لانه لم يثبت في قوانين اللغة ما قالوا بل يقال اختلف القوم اختلافا وخالفوا
مخالفة وخلافا اذا لم يوافق بعضهم بعضا قوله لان اثر الملك قايم في حق النسب والحبس
والنفقة هذا دليل لكون الظن في موضعه فان قلت
كيف يصح دعوى قيام النسب وقد اورد والمطلقة الثلاث في قسم شبهة الفعل وقد ذكروا ان في
كل موضع كانت الشبهة في الفعل لم يثبت نسب الولد وان ادعى وقد ذكر صاحب الهداية نفسه
ايضا كذلك حيث اوردها في قسم شبهة الفعل وقد قال قبل ذلك ولا يثبت في الاولى وان ادعاه اي لا يثبت
النسب في شبهة الفعل لان الفعل تمحض زنا فعلم ان ذكر قيام النسب هنا تناقض او سهو قلت
هذه مغالطة لان معنى قوله لان اثر الملك قايم في حق النسب قيام النسب باعتبار العلوق السابق
على الطلاق لان نسب ولد المبتوتة يثبت لاقل من سنتين من وقت الطلاق ولا نسب لتمام سنتين وقد
عرف ذلك في باب ثبوت النسب وليس معناه ان الواطي في عدة المطلقة الثلاث اذا ادعى نسب
ولدها باعتبار هذا العلوق يصح لان فعله زنا وفي الزنا لا يثبت النسب بحال فلا جرم لا يثبت اذا
ادعى فعرفت انه لا مناقضة ولا سهو والحمد لله رب العالمين قوله وام الولد اذا اعتقها
مولاها والمختلعة والمطلقة على مال بمنزلة المطلقة الثلاث يعني اذا وطي كل واحدة منهن في
العدة وقال علمت انها علي حرام حد لزوال الحل من كل وجه وان قال ظننت انها لا تحل لي لا يحد
للشبهة لان قيام اثر الملك من العدة ووجوب النفقة اورث شبهة قوله ولو قال لها انت خلية
او برية او امرك بيدك فاختارت نفسها ثم وطيها في العدة وقال علمت انها علي حرام لم يحد وهذه
من مسايل الجامع الصغير المعادة قال الحاكم الشهيد في الكافي وان ابانها بشي من الكنايات
ثم جامعها وهو يقول علمت انها علي حرام فلا حد عليه وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع
الصغير اذا طلقها تطليقة باينة ثم وطيها في العدة لا حد عليه سوا ادعى الشبهة او لم يدع
لان الشبهة ههنا شبهة حكم وشبهة اشتباه فهنا شبهة حكم لان اصحاب رسول الله عليه السلام

اختلفوا

اختلفوا فيه قال بعضهم الكنايات كلها بواين وقال بعضهم ثلاث فاورث اختلاف الصحابة
شبهة في المحل لانه في المواضع الرجعية يبقى الحل فينبغي على هذا ان يثبت النسب بالدعوة على
ما اشار اليه الصدر الشهيد بقوله ولا يثبت النسب اذا لم يدع وذاك لان الفعل لم يقع
زنا لبقا الحل باعتبار الشبهة في المحل ولكن قال فخر الاسلام البزدوي في شرحه للجامع الصغير
ولا يثبت نسب الولد في ذلك كله لانه زنا وانما يسقط الحد للشبهة لانه عفو بغى ولا يثبت
النسب بالزنا بحال الى هنا لفظه فكانه جعل هذه الشبهة شبهة الاشتباه وليس ذلك
بصحيح عندي لان الرواية منصوصة في الجامع الصغير وفي الكافي للحاكم انه لا يجب
عليه الحد وان قال علمت انها علي حرام فلو كان الامر كما قال فخر الاسلام لوجب عليه الحد لزوال
الاشتباه بقوله علمت انها علي حرام فلما لم يجب علم انها من قبيل شبهة المحل وفي شبهة المحل لا يقع الفعل
زنا فيثبت النسب بالدعوة فافهمه ان شا الله تعالى وقال الحاكم في الكافي واذا حرمت المراة على زوجها
بردتها او مطاوعتها لابنه او جماعة مع امها ثم جامعها وهو يعلم انها عليه حرام لا حد عليه ولا على
قاذفه لان بعض الفقها يقول لا يحرم الحرام الحلال فاستحسنت ان ادرا الحد لهذه الشبهة قوله
وكذا اذا نوى ثلاثا لقيام الاختلاف مع ذلك اي حكم كذلك الحكم اذا نوى ثلاثا من الفاظ الكنايات
ثم وطيها في العدة يعني لا يحد وان قال علمت انها علي حرام لان اختلاف الصحابة لا يرتفع بنية الثلاث
فكانت الشبهة قايمة فلا يجب الحد قوله ولا حد على من وطي جارية ولده وولد ولده وان
قال علمت انها علي حرام وهذا لفظ القدوري في مختصره اعلم ان الاب اذا وطي جارية ولده لا
يجب عليه الحد سوا ادعى الشبهة او لم يدع لان للاب تاويل الملك في جارية ابنه لقوله عليه
السلام انت ومالك لابيك فصار شبهة في المحل ويثبت النسب اذا ادعى الاب ذلك لانه
ملكها بالقيمة ولا عقر عليه لان الاب لما ملكها يجب القيمة سقط العقر لانه ضمان الجزء وقد
عرف تحقيق ذلك في باب نكاح الرقيق فينظر ثمه لا محالة اما الجد اذا وطي جارية ولد ولده لا يثبت
النسب ولا يجب الحد اذا كان الاب حيا كذا ذكر الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير وذلك
لان الجد يكون محجوبا بالاب فلم يثبت النسب لعدم تاويل الملك في الحال وانما لم يحد لان القرابة
التي بها تاويل الملك في ثاني الحال ثابتة في الحال اعني قرابة الولاد فتمكنت الشبهة فدري الحد
بها وكذلك كل موضع كان سقوط الحد فيه لشبهة في المحل لا فرق فيه بين ان يعلم الحرمة او لا يعلم
لقيام الشبهة في الحال كالجارية المبيعة قبل القبض لان ملك المشتري لم يستقر فيها قبل القبض
ولهذا اذا هلكت ينفسخ البيع وكذلك الممهورة قبل القبض لما قلنا ولان ملك اليد باق فيها وكذا الجارية
المشتركة اذا وطيها احد الشريكين لا يحد لان له فيها ملكا فصار شبهة قوله واذا وطي جارية
ابيه او امه او زوجته وقال ظننت انها تحل لي فلا حد عليه ولا على قاذفه وان قال علمت انها علي
حرام حد وكذا العبد اذا وطي جارية مولاه وهذه مسايل القدوري اعلم ان الشبهة في هذه
المواضع شبهة اشتباه لحصول الانبساط اكلا واستعمالا من هولا لان الابن يتناول مال
ابويه وينتفع به بالاكل والتصرف وكذا الزوج في مال الزوجة وكذا العبد في مال مولاه
فلما جرى الانبساط بينهم اشتبه الوطي فاذا ادعى الاشتباه سقط الحد للشبهة لكن لا يثبت النسب
لان الفعل زنا في الواقع واذا قال علمت انها علي حرام حد لزوال الاشتباه ولا يحد قاذف
الابن والزوج والعبد بعد الحرية لان الفعل وقع منهم زنا الا ان الحد سقط للشبهة وقاذف
الزاني لا يحد قال في الاجناس قال في امالي الحسن قال ابو حنيفة واذا زنا بجارية امراته فقال

انها لي حلال عليه العقر ولا حد عليه ولا يثبت نسب الولد ان جات به صدقته المراة او لم تصدقه
ولو قال علمت انها علي حرام لا عقر عليه وعليه الحد ولا يثبت النسب **قوله** وظنه في الاستمتاع
اي ظن الواطي الانبساط في الانتفاع اكلا واستعمالا في حل الاستمتاع بالجارية فكانت الشبهة شبهة
اشتباه **قوله** وكذا اذا قالت الجارية ظننت انه يحل لي وان لم يدع اي لا يحد الواطي
وان لم يدع الاشتباه اذا قالت الجارية ظننت ان عبد مولاي او مولاي او ابن مولاي
او مولاتي او عبد سيدتي يحل لي لان دعوى الاشتباه يسقط عنها الحد فاذا اسقط عنها
سقط عنه لان الفعل واحد فان قلت يشكل بهذا
بما اذا زنى بالغ بصبية حيث يجب عليه الحد ولا يجب عليها مع ان الفعل واحد قلت
نعم ان الفعل واحد لكن درء الحد عنها لا للشبهة بل لعدم اهليتها للعقوبات لكونها مرفوعة
القلم فلم يؤثر ذلك في اسقاط الحد عنه لا للشبهة بخلاف ما نحن فيه فان سقوط الحد في
احدى الجانبين للشبهة فتؤثر الشبهة في اسقاط الحد في الجانب الاخر ايضا لان الفعل
واحد **قوله** في ظاهر اي في ظاهر الرواية **قوله** في الظاهر اي في ظاهر الرواية
قوله وان وطي جارية اخيه او عمه وقال ظننت انها تحل لي حد وذلك لان الشبهة هنا
لا في الملك ولا في الفعل لعدم الانبساط فلا يعتبر دعوى الظن وكذا الحكم في ساير المحارم
سوى قرابة الولاد كالخال والخالة وغيرهما لهذا المعنى **قوله** لما بينا اشارة الى قوله
لانه لا انبساط في المال فيما بينهما **قوله** ومن زفت اليه غير امراته وقال النسا انها
زوجتك فوطيها لا حد عليه وعليه المهر هذا لفظ القدوري في مختصره اما عدم
وجوب الحد فلان الموضع موضع الاشتباه بانه ان الانسان لا يميز بين امراته وبين
غيرها في اول الوهلة الا بالاخبار وخبر الواحد مقبول في امور الدين والمعاملات ولهذا
اذا جات الجارية وقالت بعثني مولاي اليك هدية يحل وطيها اعتمادا على قولها فلما كان الموضع
موضع اشتباه تحققت الشبهة فسقط الحد واما وجوب المهر فلان البضع لا يخلو من احد
الموجبين ابانة لخطر المحل اما الحد واما المهر فلم يجب الحد للشبهة فيجب المهر وهو مؤيد
بقضاء علي رضي الله عنه روى اصحابنا في كتبهم انه قضى كذلك ويثبت نسب ولد الولد ان جات
به ولبثت كالتي تجوز بها وقال حسبتها امراتي حيث لا يثبت نسب ولدها ويجب عليه الحد وبه صرح
في الكافي للحاكم ويجب على الموفوفة العدة وقد مر تفصيلها في باب العدة فلينظر ثمه ثم قوله
وقال النسا بتذكير الفعل لان تانيث الجمع ليس بحقيقي قال تعالى اذا جاءك المومنات وفي
بعض النسخ وقلن النسا وذلك لا يجوز على اللغة الفصيحة ويجوز على ضعف كقولهم اكلوني
البراغيث حكاه سيبويه ومعنى قوله زفت اي بعثت وهو من باب فعل يفعل بفتح العين في
الماضي وضمها في المستقبل يقال لقيته اول وهله اي اول كل شي **قوله** فصار كالمغرور
اي صار الذي زفت اليه غير امراته فوطيها كالمغرور وهو الذي وطي امراة معتمدا على ملك
يمين او نكاح ثم استحقت فلا يجب عليه الحد للاشتباه فكذا الذي زفت اليه غير امراته لهذا
المعنى **قوله** ولا يحد قاذفه الا في رواية عن ابي يوسف اي لا يحد قاذف الذي زفت
اليه غير امراته فوطيها في ظاهر الرواية لان قاذف الزاني لا يحد والمقذوف هنا زاني
لانه لا ملك له في الاجنبية فسقط احصانه نحو هذا معنى قوله لان الملك منعدم حقيقة
وروي عن ابي يوسف في غير ظاهر الرواية انه يحد لان احصان المقذوف لم يسقط

لانه بنى الامر على الظاهر جوابه لما ظهر ان الواقع بخلاف الظاهر بقي الظاهر شبهة في اسقاط
الحد لكن سقط احصانه لوقوع الفعل زنا **قوله** ومن وجد امراة على فراشه فوطيها فعليه
الحد هذا لفظ القدوري وقال الشافعي لا حد عليه للاشتباه وهو قول زفر ايضا ذكره في
التحفة ولنا ان المسقط للحد في وطي الاجنبية هو الشبهة ولا شبهة هنا بعد طول الصحبة
فيجب الحد الا ترى انه قد تبيت في دار انسان ساير المحارم كالاخت والبنت والعمة والخالة
فيتفق نوم بعضهن على فراش زوجته وكذلك قد ينام حبايب زوجته على فراشها فلا يكون
وجود المراة على فراش المراة دليلا على انها زوجته والظن اذا لم يستند الى دليل لا يعتبر فلا
جرم يجب الحد بخلاف الاجنبية التي زفت وقالت النساء هي زوجتك حيث استند الظن الى
الدليل وهو اخبار النسا فاعتبر شبهة فبطلت المقايسة **قوله** وهذا لانه قد ينام على
فراشها غيرها من المحارم اشارة الى قوله لانه لا اشتباه يعني انما قلنا انه لا اشتباه لانه قد تنام
على فراش الزوجة غير الزوجة من المحارم فلا يكون مجرد النوم دليلا على ان النايمة هي زوجته
قوله وكذا اذا كان اعمى اي اذا وجد الاعمى في بيته او فراش زوجته امراة فوطيها على ظن
انها امراته يجب عليه الحد لانه لا اشتباه بعد طول الصحبة لانه يمكن ان يميز امراته بالسوال
او غيره من العلامات عن غيرها الا اذا دعاها وقالت انا امراتك فوطيها على الظن لا يجب عليه
الحد لان الظن استند الى دليل وهو اخبارها بخلاف ما اذا دعاها فاجابته اجنبية
بالفعل فوطيها على ظن انها امراته يجب الحد قال صاحب التحفة اذا دعى امراته فاجابته امراة
وقالت انا فلانة امراتك فوطيها لا حد عليه فاما اذا اجابته ولم يقل انا فلانة يجب الحد لانه
في وسعه ان يتفحص اكثر من هذا فلا يصير شبهة فيجب الحد **قوله** ومن تزوج امراة
لا يحل له نكاحها فوطيها لا يجب عليه الحد هذا لفظ القدوري وهذا قول ابي حنيفة
وزفر لكن يجب عليه المهر اي مهر المثل كذا في خلاصة الفتاوى وعند ابي يوسف
ومحمد والشافعي ان علم الواطي انها حرام فعليه الحد في كل وطي حرام على التابيد وان
كان لا يعلم فلا حد عليه وفيما ليس بحرام على التابيد فلا حد عليه كالنكاح بغير
ولي وبغير شهود قال الحاكم الشهيد في الكافي رجل تزوج امراة مما لا يحل له نكاحها
فدخل بها قال لا حد عليه وان فعله على علم لم يحد ايضا ويوجع عقوبة في قول ابي حنيفة
وقال ابو يوسف ومحمد اذا علم بذلك فعليه الحد في ذوات المحرم منه الى هنا لفظه اراد
بنكاح من لا يحل له نكاحها نكاح المحارم والمطلقة الثلاث ومنكوحة الغير ومعتدة الغير
ونكاح الخامسة واخت المراة في عدتها والمجوسية والامة على الحرة ونكاح العبد او
الامة بلا اذن المولى والنكاح بغير شهود ففي كل هذا لا يجب الحد عند ابي حنيفة وان قال
علمت انها علي حرام وعندهما يجب الحد اذا علم بالتحريم والا فلا ولكن فيما ليس بحرام
على التابيد لا يجب الحد كالنكاح بغير شهود وجه قولهما ان هذا زنا محض لان اضافة العقد
الى محل مجمع على تحريمه فيلغو الاضافة لعدم المحل كما اذا اضاف العقد الى الذكور فلا
يكون العقد شبهة بخلاف ما اذا لم يعلم بالتحريم لان الشرع ما لا يثبت حكمها قبل السمع
ولابي حنيفة رضي الله عنه ان الوطي اذا كان فيه شبهة الحل لا يجب به الحد وهذا وطي
فيه شبهة الحل فلا يجب به الحد كما اذا وطي امته وهي اخته من الرضاع وانما قلنا انه فيه
شبهة الحل لان الوطي حصل عقيب النكاح المضاف الى محل قابل لمقاصد النكاح والنكاح

صيغته زوجت وتزوجت وما يجري ذلك المجرى من الالفاظ والمقاصد المطلوبة من النكاح قضاء
الشهوة والولد والسكن وهذه المقاصد تحصل بكون المحل انثى من بنات ادم ولا شك ان المحل بهذه
الصفة فكان ينبغي ان يثبت العقد حقيقة الحل لكن لم يثبتها لاقتضاء النصوص خلاف ذلك ولا مانع
من ثبوت شبهة الحل فتثبت تلك بصورة العقد ولان العقد والملك كل واحد منهما سبب لاباحة
الوطي اذا لم يكن ثمة مانع ثم الملك اذا وجد غير مبيح للوطي يكون شبهة كما في الجارية المشتركة والمجوسية
والامة الرضاعية فكذلك العقد يكون شبهة اذا وجد غير مبيح بل اولى لان العقد اخص بالاباحة
من الملك لانه لم يشرع في موضع لا يقصد فيه الحل وقد شرع الملك في موضع لا يقصد فيه الحل
كالتطابو فان قيل قد قال الله تعالى حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم
الاية فاذا ثبت الحرمة من كل وجه انتفى الحل من كل وجه فاذا انتفى الحل من كل وجه فمن اين تثبت شبهة
الحل قلنا سلمنا ان الحل انتفى من كل وجه ونحن لا ندعي الحل من وجه
حتى يرد السوال بل ندعي شبهة الحل لصورة العقد وهي حاصلة لان الشبهة ما يشبه الثابت وليس
بثابت فلا يرد السوال فان قيل لو كانت الشبهة ثابتة لوجبت العدة
وثبت النسب قلنا منع بعض اصحابنا عدم وجوب العدة وثبوت النسب
على وجود الحل من وجه او من كل وجه وهنا لم يوجد الحل اصلا ونعني بالحل ان يكون الفاعل
على حالة لا يلام عليها وههنا يلام الواطي ويعزر عقوبة عليه والباقي يعرف في كتب اصحابنا
المتقدمين ان شاء الله تعالى وهذا القدر يكفي لمن له لب **قوله** يوجع عقوبة يعني يضرب
بطريق التعزير ضربا مولما عقوبة عليه لا بطريق الحد **قوله** لحكمه اي لحكم التصرف
قوله وهي من المحرمات اي المراة التي لا تحل له نكاحها **قوله** وهو المقصود اي التوالد
هو المقصود من عقد النكاح **قوله** الا انه ارتكب جريمة استثناء من قوله فيورث الشبهة
اي يورث العقد الشبهة فلا يجب الحد الا انه ارتكب معصية ليس فيها حد مقدر فيعزر
والجريمة الذنب **قوله** ومن وطي اجنبية فيما دون الفرج يعزر لانه منكر ليس فيه
شيء مقدر واراد بالواطي فيما دون الفرج التفخيذ ونحوه لا الاتيان في الدبر لان بيانه يجيء عقيب
هذا **قوله** ومن اتى امراة في الموضع المكروه او عمل عمل قوم لوط فلا حد عليه عند ابي
حنيفة ويعزر وهذا لفظ القدوري وتمامه في مختصره وقال ابو يوسف ومحمد هو كالزنا
قال في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الذي يعمل عمل قوم لوط قال لا يبلغ به حد
الزنا لكنه يحبس ويعزر وفي قول ابي يوسف ومحمد يجب حد الزاني اعلم ان الرجل اذا اتى امراة
في الموضع المكروه اي في الدبر او عمل مع الغلام عمل قوم لوط فلا حد عليه عند ابي حنيفة لكنه يعزر
ويحبس الى ان يتوب او يموت كذا ذكر علاء الدين العالم في طريقة الخلاف وعند ابي يوسف ومحمد
يجب عليه حد الزنا ان كان محصنا رجم وان كان غير محصن جلد لكن هذا الحكم عندهما في غير
الزوجة وفي غير المملوكة فان من اتى امراته او امته في غير ماتاها لا يحد عندهما ايضا وان
كان محرما عليه وبه صرح في الزيادات وذلك لان من الناس من يستحله بتاويل القران قال
تعالى الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم ولم يفصل بين محل ومحل وقال مالك في الموطا يرجم
الفاعل والمفعول به احصنا او لم يحصنا اذا شهد عليهما اربعة عدول وقال الشافعي اللواطة
توجب قتل الفاعل والمفعول على قول والرجم بكل حال على قول يعني احصنا او لم يحصنا
والتعزير على قول وهو كالزنا على قول يعني يوجب الرجم في المحصن والجلد في غيره والغلام

المملوك كغيره المملوك على الاصح وقال احمد بن حنبل ومن يلوط بغلام قتل بكرا كان او ثيبا في احدى
الروايتين عنه وفي الاخرى حكمه حكم الزنا لهم ما روي في السنن وغيره مسندا الى عكرمة عن
ابن عباس رضي الله عنه قال قال رسول الله عليه السلام من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط
فارجموا الفاعل والمفعول به ولابي يوسف ومحمد قوله تعالى ائنكم لتاتون الفاحشة ما
سبقكم بها من احد من العالمين بيانه ان الله تعالى سمى هذا العمل فاحشة فكان حكمه حكم الزنا
فيجب على اللوطي ما يجب على الزاني ولان الغسل يجب على الفاعل والمفعول به بمجرد الايلاج وان
لم يوجد الانزال نص عليه في الزيادات فكان في معنى الجماع في الغسل فلما كان في معنى الجماع
في حق الغسل كان في معناه في وجوب الحد ايضا ولان الصحابة اختلفوا في حده قال بعضهم
يحرق بالنار وقال بعضهم ينكسان من اعلى الموضع وقال بعضهم يحبسان في انتن المواضع حتى يموتا
وقال بعضهم يهدم عليهما الجدار فعلم ان في اللواطة حدا ولابي حنيفة ان فعل اللواطة لا يساوي
الزنا في كونه جناية وقبحا فلا يساويه في الحد كوطي البهيمة بيانه ان في الزنا اضاعة الولد وافساد
الفراش فلا يوجد ذلك في اللواطة اما اضاعة الولد فلان الوطي في القبل سبب لحصول
الولد ظاهرا وغالبا ثم اذا حصل الولد لا يقوم بحضانته وتربيته لا الزاني ولا المزني بها لعدم
الوثوق بكون الولد منه والام عاجزة عن الانفاق عليه فيضيع الولد واما افساد الفراش
فيحصل به اشتباه النسب بناء على الدعوى لان كل زان يدعي الولد انه منه فيودي الى التقاتل
والتخاصم بين القبائل ولم يوجد هذان المعنيان في اللواطة لانه لا ولد ثمة ولا نسب فلم
يكن في معنى الزنا فلم يثبت الحكم في اللواطة بالدلالة لقصوره في معنى الدلالة ولان اللواطة لو كانت
زنا وحد الزنا معلوم في كتاب الله لما اختلفت الصحابة فيما يجب على اللوطي لانهم اهل اللسان
ولا يخفى عليهم حكم الظاهر ولان الوطي في القبل مرة يجب به الحد ومرة يجب به المهر وباللواطة
لا يجب المهر اصلا فينبغي ان لا يجب الحد ايضا ولان فعل اللواطة لو كان زنا لحل بما يستحل به
البضع وهو عقد النكاح او ملك اليمين حيث لم يستحل دل انه ليس بزنا ولا يقال نحن نثبت حكم
الزنا في اللواطة قياسا على الزنا لان الحد لا يجوز اثباته بالقياس لشبهة في الزاني والجواب
عما احتجوا فنقول كلما يروى في هذا الباب عن النبي او عن الصحابة من القتل او الرجم او
التنكيس ونحو ذلك محمول على السياسة وعندنا يجوز مثل ذلك بطريق التعزير والسياسة
الا ترى الى ما قال في الزيادات يجب به التعزير والراي الى الامام ان شاء قتله ان اعتاد
ذلك وان شاء ضربه وحبسه وقد قال يحيى بن معين في الجرح والتعديل وحديث عمرو بن ابي
عمرو عن عكرمة عن ابن عباس ان النبي عليه السلام قال اقتلوا الفاعل والمفعول به منكر
والفاحشة المذكورة في الاية لا تدل على ان اللواطة زنا لان الفاحشة اسم عام يقع على
الزنا وغيره الا ترى الى قوله تعالى والذين اذا فعلوا فاحشة قالوا وجدنا عليها اباءنا
والمراد بها تحريم ما احل الله لهم من البحيرة والسائبة ونحو ذلك ووجوب الغسل لاحتياط
والحد لا يحتاط في وجوبه بل يحتال في درئه لقوله عليه السلام ادرءوا الحدود عن
المسلمين ما استطعتم والباقي يعرف في كتب اصحابنا المتقدمين رضي الله عنهم **قوله** اتى
امراة في الموضع المكروه اي في الدبر او عمل عمل قوم لوط اي اتى في دبر الذكر **قوله**
ولهما انه في معنى الزنا الضمير يعود الى فعل اللواطة وفي بعض النسخ ولهما انهما ان الاتيان
في الموضع المكروه من المراة وعمل قوم لوط في معنى الزنا لا زنا لانه قضاء الشهوة في محل

مستهي على سبيل الكمال على وجه تمحض حراما وقيد الكمال احترازا عن البهيمة لان فرجها ينفر
عنه الطباع السليمة فلم يكن مشتهي على سبيل الكمال **قوله** وله انه ليس بزنا لاختلاف
الصحابة اي الاتيان في الدبر ليس بزنا لاختلافهم فلو كان زنا لما اختلفوا لان حكم
الزنا معلوم بالكتاب **قوله** ولا هو في معنى الزنا عطف على قوله ليس بزنا **قوله** وكذا
هو اندر وقوعا لانعدام الداعي في احد الجانبين اي فعل اللواطة اندر وقوعا من فعل الزنا
لان الداعي الى الزنا منهما جميعا والداعي الى اللواطة لم يوجد من جانب المفعول به فلم يكن في
معنى الزنا فلا يثبت حكمه فيها قياسا **قوله** وما رواه اي روى الشافعي وهو قوله عليه السلام
اقتلوا الفاعل والمفعول **قوله** الا انه يعزر عنده اي يعزر اللواط عند ابي حنيفة وان
كان لا يحد وهو استثناء من قوله ليس بزنا ولا هو في معنى الزنا **قوله** لما بيناه اشارة الى قوله
لانه منكر ليس فيه شيء مقدر **قوله** ومن وطئ بهيمة فلا حد عليه هذا لفظ القدوري
وعن الشافعي في وطي البهيمة قولان اصحهما التعزير وفي القول الاخر يقتل الفاعل وتقتل
البهيمة ايضا والاصل هنا ما روي في السنن مسندا الى عاصم عن ابي رزين عن عباس قال ليس
على الذي يأتي البهيمة حد ولان هذا الفعل ناقص ولا يلحق بالزنا في ايجاب الحد بيانه انه ليس
فيه اضاعة الولد وافساد الفراش والذي يأتيه تأباه شيمة الانس لان الطباع السليمة
تنفر عنه ولهذا لا يجب ستر فرج البهيمة لكن يستحق الادب لاتيانه القبيح فيعزر قال **قلت**
قد روى صاحب السنن باسناده الى عكرمة عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
من اتى بهيمة فاقتلوه واقتلوها معه **قلت** ذاك محمول
على السياسة بدليل ما روينا عن ابن عباس انفا لانه لا يجوز له ان يروي عن رسول الله صلى
الله عليه وسلم شيئا ثم يخالفه فيه قال الطحاوي وان اتى بهيمة وجب التعزير ولا يجب الحد
وان كانت البهيمة له ذبحت ولا تؤكل قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي وليس هذا
عن اصحابنا في كتبهم فاما محمد روى عن عمر رضي الله عنه انه لم يحد واطئ البهيمة وامر بالبهيمة
حتى احرقت بالنار وقال شمس الائمة السرخسي الاحراق جائز وليس بواجب فان كانت الدابة
مما يؤكل لحمها تذبح وتؤكل ولا تحرق بالنار على قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف تحرق بالنار
ويضمن الفاعل القيمة ان كانت لغيره لانها قتلت لاجله كيلا يعير **قوله** لانه ليس في معنى
الزنا اي لان وطي البهيمة ليس في معنى الزنا لا في كونه جناية لانه ناقص ولا في وجود الداعي
لنفرة الطبع السليم عنه اي عن وطي البهيمة او فرط الشبق وهو شدة الغلمة **قوله** ولهذا
لا يجب ستره ايضاح قوله لان الطبع السليم ينفر عنه اراد به ستر فرج البهيمة **قوله**
لما بينا اشارة الى قوله ارتكب جريمة وليس فيها حد **قوله** والذي يروى انه تذبح البهيمة
وتحرق فذلك لقطع التحدث به وليس بواجب يعني انه روي عن عمر رضي الله عنه احراق
البهيمة فانما كان ذلك لقطع التحدث لا لانه واجب بطريق الحد لما روينا عن ابن عباس بانه
ان الناس اذا راوا البهيمة ربما يقولون هذه هي البهيمة التي فعل بها فلان فيتعير به فلان
ويتضرر ويتقون ايضا في الغيبة فلاجل ذلك احرقت قطعا لتحدث الناس **قوله**
ومن زنى في دار الحرب او في دار البغي ثم خرج الينا لا يقام عليه الحد وهذا لفظ القدوري
في مختصره وقال الشافعي يجب عليه الحد اعلم ان المسلم اذا دخل دار الحرب بامان فزنى
هناك بمسلمة او ذمية ثم خرج الى دار الاسلام فاقر به لم يحد وكذلك سرية من المسلمين

دخلت دار الحرب فزنى رجل منهم هناك لم يحد وكذلك العسكر ولا يقيم الحدود
والقصاص الا امير مصر يقيم الحدود على اهله فيغزو بهم فانه يقيم الحدود
والقصاص في دار الحرب اذا غزا بهم هكذا نص الحاكم الشهيد في الكافي وجه
قول الشافعي ان المسلم ملتزم لحكم الاسلام فيلزمه اينما كان ولنا ان الحد لو وجب
لا يخلو اما ان يجب للاستيفاء او لا للاستيفاء فلا يجوز الثاني لعدم الفائدة لان الحد
انما يجب لزجر الناس عن الفساد ولا يحصل الزجر بدون الاستيفاء ولا يجوز الاول
ايضا لعدم قدرة الامام على الاستيفاء في دار الحرب او اهل البغي فيسقط اصلا لان
المقصود من الوجوب الحكم وهو الاستيفاء وقد سقط الحكم فيسقط الوجوب
ولا يقام بعدما خرج الينا لانه وقت وجود اسباب فيه الحد لم يكن للامام يد
فيكون ذلك شبهة في سقوط الحد وهذا معنى قوله لانها لم تنعقد موجبة فلا
ينقلب موجبة بخلاف ما اذا كان امير المصر هو العسكر اذ ولاية اقامة الحد له
ثابتة فيقيمه وليس كامير العسكر والسرية الذي هو مقدمهم لانه ليس له ولاية
اقامة الحد حيث لم يفوض له فان **قلت** قوله تعالى الزانية
والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة عام فينبغي ان يجب الحد على من زنى في
دار الحرب او في دار اهل البغي **قلت** النص خص منه
الصبيان والمجانين ومواضع الشبهة فيخص المتنازع ايضا بخبر الواحد والقياس
لانه بعد لحاق الخصوص لم يبق حجة قطعا ويقينا وقد روى اصحابنا في كتبهم عن رسول
الله عليه السلام انه قال لا تقام الحدود في دار الحرب والمرسل عندنا حجة كالمسند **قوله**
احكامه اي احكام الاسلام **قوله** اينما كان مقامه بضم الميم اي يلزمه
موضع اقامته والضمير راجع الى من في ومن زنى **قوله** فيهما اي في دار الحرب
ودار البغي واهل البغي طائفة من المسلمين يخرجون على الامام ولهم قوة وشوكة
ومنعة ويخالفون بعض احكام المسلمين بالتاويل ويظهرون على بلدة من البلاد **قوله**
لانها لم تنعقد موجبة اي لان هذه الفعلة او الزنية **قوله** لانه يجب
امره اي لان من زنى في معسكر له الولاية كالخليفة تحت امره **قوله** والسرية
وهم الذين يسرون بالليل ويختفون بالنهار ومنه خير السرايا اربعمائة **قوله** اليهما
اي الى امير العسكر وامير السرية **قوله** واذا دخل حربي دارنا بامان فزنى بذمية
او زنى ذمي بحربية يحد الذمي والذمية عند ابي حنيفة ولا يحد الحربي والحربية
وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
في حربي دخل دارنا بامان فزنى بذمية قال لا يحد الحربي وتحد الذمية وقال ابو
يوسف يحدان جميعا وقال محمد لا يحد واحد منهما وان دخلت حربية بامان فزنى بها
ذمي حد الذمي ولم تحد الحربية عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف يحدان جميعا قال فخر
الاسلام البزدوي ويجب ان يكون قول محمد في هذا مثل قول ابي حنيفة قال الحاكم
الشهيد في الكافي واذا زنى الحربي المستامن بالمسلمة او الذمية فعليها الحد دون
الحربي في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف اولا لا حد على واحد منهما ثم رجع وقال
عليهما الحد جميعا وقال محمد بقوله الاول وان زنى المسلم او الذمي بالحربية المستامنة

حد الرجل في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يحدان جميعا الى هنا لفظه ولو زنى
حربي مستامن بحربية مستامنة يحدان عند ابي يوسف وعندهما لا يحدان كذا في المختلف
والاصل هنا ان الحربي لا يجب عليه شيء من الحدود كحد الزنا والسرقة والشرب الا
حد القذف فانه يجب عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يجب عليه جميع الحدود
الا حد الشرب والحاصل ان حد الخمر لا يجب عليه بالاتفاق لانه يراه حلالا وحد القذف
يجب بالاتفاق لان فيه حق العبد وحد الزنا والسرقة عنده يجب وعندهما لا وجه قول
ابي يوسف ان الحربي كالذمي في المعاملات لانه التزم احكامنا مادام في دارنا ولهذا
يواخذ بالقصاص وحد القذف فلما كان كالذمي وجب عليه الحد مثله ووجه قول
ابي حنيفة ومحمد ان الحربي ليس كالذمي لانه ما دخل دارنا للقرار والمكث بل لقضاء
الحاجة ولهذا يخلى سبيله اذا عزم على الرجوع الى دار الحرب بخلاف الذمي حيث لا يمكن من
الرجوع فلو ان الحربي قتله مسلم او ذمي لا يقتص به والذمي اذا قتله مسلم يقتص به عندنا
فعلم ان الحربي لم يكن كالذمي وانما يلزمه ما التزم من الحقوق الا ما لم يلتزم وقد التزم
حقوق العباد لانه لما دخل بالامان التزم ان لا يوذي كما طمع ان لا يوذى فلما باشر الاذى
يواخذ به كالقصاص وحد القذف لانه التزم حق العبد فاما حد الزنا فانه حق
الله تعالى فلم يلتزمه فلا يلزمه ثم ان محمدا رحمه الله فرق بين المسلم او الذمي اذا
زنى بحربية مستامنة حيث يجب الحد عنده على الفاعل وبين المسلمة او الذمية اذا
زنت بحربي حيث لا يجب الحد عنده عليهما جميعا لان الاصل في باب الزنا فعل الذكر والمراة
تابعة لكونها محلا فوجب من امتناع الحد على الاصل امتناعه على التبع ولم يلزم من
امتناع الحد على التبع امتناعه على الاصل ولهذا اذا زنى بالغ بصبية او مجنونة يحد
البالغ دونها ولو زنت البالغة بالصبي او المجنون لا حد على احد عندنا ولابي
حنيفة ان تمكين المراة من فعل الزنا قد وجد لان فعل المستامن زنا لكونه مخاطبا
بالمحرمات دون العبادات على ما عليه بعض اهل التحقيق من اصحابنا الا انه لم يواخذ
بحكم الفعل لمانع لانه لم يلتزم حق الله تعالى والمراة تابعة في نفس الفعل لا في حكم الفعل
ولهذا اذا زنى غير محصن بمحصنة يجلد الرجل وترجم المراة ولا يكون عدم احصانه
شبهة في حقها فلما لم يكن المراة تابعة وجب الحد على المراة وان لم يجب على الرجل بخلاف
الصبي والمجنون حيث لا يوصف فعلهما زنا لعدم الخطاب فلا يجب الحد على المراة
ايضا **قوله** يعني اذا زنى بحربية اي زنى الذمي **قوله** لابي يوسف هذا دليل
قوله الاخر **قوله** ولهذا يمكن من الرجوع اي يمكن الحربي المستامن **قوله** ولا يقتل
المسلم ولا الذمي به اي بالحربي المستامن **قوله** لما طمع في الانصاف يلتزم الانتصاف
الانتصاف اي لما طمع الحربي في انصاف المسلمين اي طمع في العدل لاجله على غيره التزم
الانتصاف ايضا فقبل العدل لغيره عليه يقال انصفت الرجل انصافا اذا اعطيته
الحق وتناصف القوم اذا تعاطوا الحق بينهم كذا في الجمهرة **قوله** ونظيره هذا
الاختلاف اذا زنى المكره بالمطاوعة اي نظير الاختلاف الواقع بين ابي حنيفة ومحمد
اذا زنى المكره بالمطاوعة تحد المراة عند ابي حنيفة ولا تحد عند محمد لانها تبع للرجل
ولابي حنيفة انها تبع في نفس الفعل لا في حكمه وقد مر مثل ذلك **قوله** واذا زنى

الصبي

الصبي او المجنون بامراة طاوعته فلا حد عليه ولا عليها وهذه من مسايل الجامع الصغير المعادة وهي
من مسايل طريقة الخلاف وعند الشافعي يجب الحد على المطاوعة وهو قول زفر قال صاحب الهداية
وهو رواية عن ابي يوسف وقال في الجامع الصغير ولو زنى صحيح بصبية يجامع مثلها او بمجنونة
فعليه الحد وهذا بالاجماع لزفر والشافعي ان الله تعالى سماها زانية واوجب على الزانية الحد لانه
والمطاوعة وجد منها الزنا فيجب عليها الحد وان لم يجب على الذكر لجنونه او صغره وهذا لان الزنا
قضاء شهوة الفرج بمماسة ظاهر فرج الذكر باطن فرج الانثى على وجه حرام خال عن الشبهة وقد
وجد هذا المعنى ولهذا لا يوجب العذر من جانبها بان كانت مجنونة او مكرهة او صبية او نايمة
سقوط الحد عن جانب الرجل بالاتفاق فينبغي ان لا يوجب العذر من جانبه بان كان صبيا او مجنونا
سقوط الحد عنها ايضا والجامع كون كل واحد منهما مواخذا بفعله ولنا ان حد الزنا يجب على
الرجل بوجود الزنا منه حقيقة ويجب على المراة باعتبار التمكين من الزنا ولم يوجد التمكين من الزنا
في هذه الصورة لان فعل الصبي او المجنون لا يوصف بالزنا فلم يجب على المطاوعة وهي تبع في
فعل الزنا اذا لم يجب على الاصل وهو الذكر وقولهما بان الزنا وجد منها اسند لا لان اسماها
زانية قلنا لا نسلم ان الزنا وجد منها حقيقة لانها مزنية وتسميته تعالى كما زانية مجاز باعتبار التمكين
من الزنا ولم يوجد التمكين من الزنا هنا او باعتبار اطلاق اسم المفعول على الفاعل كقوله تعالى في
عيشة راضية اي مرضية على احد التاويلين فان قيل يرد عليكم
مسايل وهي ان المكره اذا زنى بمطاوعة يجب الحد عليها لا عليه وكذا المستامن اذا زنى بمسلمة يجب
الحد عليها لا عليه وكذا المراة اذا مكنت نفسها من النايم يجب الحد عليها لا عليه وكذا المستامن اذا
زنى بمسلمة يجب الحد عليها لا عليه وكذا المراة اذا مكنت نفسها من النايم يجب الحد عليها لا عليه فعلم
بذلك ان امتناع الحد على الذكر لا يوجب امتناعه عن المراة قلنا
المسايل ممنوعة لان الحاكم الشهيد نص على ان الرجل اذا اكرهه السلطان على الزنا بامراة
مطاوعة فلا حد على واحد منهما وهو قول ابي حنيفة المرجوع اليه كذا قال الحاكم اما في المسيلة
الثانية فقد وجد تمكين المراة من الزنا لان الكافر مخاطب بالحرمات بخلاف ما اذا كان الفاعل
صبيا او مجنونا حيث لم يوجد التمكين من الزنا اصلا لان فعلهما لا يوصف بالزنا لارتفاع القلم
لكن الحد لم يلزم الكافر لانه لم يلتزم حقوق الشرع واما تمكينها نفسها من النايم فممنوع اذ
لا يجب الحد عليهما جميعا بهذا اجاب الامام علاء الدين العالم في طريقة الخلاف والى هذا
اشار في شرح الطحاوي ايضا لانه قال الاصل ان الحد اذا سقط عن احد الزانيين بشبهة
سقط عن الاخر للشركة كما اذا ادعى احدهما النكاح والاخر ينكره ومتى سقط عن احد
الزانيين بقصور الفعل فان كان القصور من جهتها سقط عنها ولا يسقط عن الرجل كما اذا
كانت صبية يجامع مثلها او مكرهة او مجنونة او نايمة لم يجب الحد عليها ويجب على الرجل
وان كان القصور من جهته سقط الحد عنهما جميعا كما لو كان مجنونا او مكرها او صبيا الى هنا
لفظه فعلم ان الممكنة من النايم لا يجب عليها الحد لان القصور من جهة الرجل فظهر من هذا
ان ما قاله بعضهم في شرحه من وجوب الحد عليها لانها وجد منها فعل خلاف الرواية **قوله**
واذا زنى صحيح بمجنونة او صغيرة يجامع مثلها حد الرجل خاصة وانما قيد بقوله يجامع
مثلها لانها اذا لم يكن يجامع مثلها فوطيها لا يجب عليه الحد لانه كاتيان البهيمة لان الطباع
السليمة لا يرغب في مثلها الا ترى الى ما قال صاحب الاجناس في كتاب الصوم لو وطي

الرجل جارية لها خمس سنين وافتضها ولا يحتمل الوطي لصغرها لا كفارة عليه ولا تفطر اذا
لم ينزل وهو كايلاج البهيمة ونقل ايضا صاحب الاجناس عن نوادر بن رستم قال ابو حنيفة
اذا جامع ابنة امرأته وهي صغيرة لا يجامع مثلها فافتضها وافسدها لا تحرم عليه امها لان
هذه ممن لا تجامع وقال ابو يوسف اكره له الام والابنة وقال محمد التنزه احب الي لكن لا افرق
بينه وبين امها **قوله** وهذا بالاجماع اشارة الى حد الرجل خاصة **قوله** لهما اي لزفر والشافعي **قوله**
منها اي من الرجل والمراة او من الذكر والانثى **قوله** اولكونها مسببه اي صاحبة سبب عطف على
قوله تسمية للمفعول باسم الفاعل وكلاهما تعليل لتسميتها زانية مجازا يعني انما سميت المراة زانية مجازا
لاحد هذين المعنيين **قوله** وهو فعل من هو مخاطب هو الاول راجع الى الزنا والثاني الى
من **قوله** وفعل الصبي ليس بهذه الصفة لان الصبي ليس بمخاطب بالكف عن الزنا وليس بوثم ايضا
لان القلم مرفوع عنه بالحديث وكذا فعل المجنون فلما كان فعلهما بهذه
اذا باشروطي الاجنبية حتى زنا فلا حد عليه وهذه من مسايل
الثابة لم يتعلق به الحد **قوله** ومن اكرهه السلطان حتى زنا فلا حد عليه وهذه من مسايل
الجامع الصغير المعادة وصورتها فيه قال عن ابي حنيفة في رجل اكرهه السلطان حتى زنا قال
لا حد عليه وان اكرهه غير السلطان ضرب الحد وعندهما غير السلطان مثل السلطان يعني
لا يحد عندهما سوا اكرهه السلطان او غيره وهذا الذي ذكره عن ابي حنيفة رضي الله عنه
من عدم وجوب الحد على المكره قوله المرجوع اليه وكان يقول اولا عليه الحد وهو قول زفر
كذا في شرح الطحاوي ثم رجع وقال لا حد عليه ولكن يعزر وهو قولهما كذا في شرح الطحاوي
ايضا وجه قوله الاول ان الزنا لا يتحقق الا بعد انتشار الاله والانتشار دليل الرضا
فاذا جا الرضا زال الاكراه فيجب الحد ووجه قوله الاخر ان الانتشار دليل الرضا كما
نقوم ذلك كذلك في النوم فاذن لم يوجد ما ينزل الاكراه فلم يجب الحد بالاكراه ثم الاكراه
لا يتحقق عند ابي حنيفة الا من السلطان حتى قال اذا اكرهه غير السلطان على الزنا حد لانه
لم يوجد الاكراه وعندهما اذا جا من غير السلطان مثل ما جا من السلطان فهو اكراه حتى لا
يحد اذا اكرهه غير السلطان كما اذا اكرهه السلطان وجه قولهما ان المؤثر في الحكم هو
الالجا وخوف التلف وهذا المعنى ربما يتحقق من غير السلطان ولابي حنيفة رضي الله عنه
ان الاكراه الواقع من غير السلطان لا يدوم بل يقع نادرا والنادر لا يعتد به في الشرع وانما
قلنا انه لا يدوم بل يقع نادرا لان المكره يتمكن من دفع الاكراه اذا وقع من غير السلطان
بالسلطان او بجماعة المسلمين او بنفسه باستعمال السلاح وليس كذلك اذا وقع من السلطان
لانه لا يتمكن من دفعه لا بنفسه ولا بجماعة المسلمين فيتحقق الاكراه فلا يجب الحد فاحسن بقوله
ونستعدي الامير اذا اظلمنا فمن يعدي اذا ظلم الامير ويقوله الى الما يسعى من يغص
باكله الى اين يسعى من يغص بمايه وفي ظاهر الرواية قول ابي يوسف مع محمد في هذا الفصل
ولكن ذكر الطحاوي قول ابي يوسف مع ابي حنيفة قال الصدر الشهيد في شرح الجامع
الصغير قالوا هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان لانه لم يكن في زمن
ابي حنيفة لغير السلطان من القوة ما لا يمكن دفعها الا بالسلطان وفي زمانهما ظهرت القوة
لكل متغلب وزنا نا كذلك فيفتى بقولهما **قوله** ابة الطواعية يقال طاع يطوع طوعا
وطواعة مثل اطاع يطيع اطاعة الا انهم يقولون طاع له ولا يقولون طاعه كما يقولون
اطاعه وفلان يطوع بذلك اي يتعاذ ذلك **قوله** فاورث شبهة اي اورث الاكراه شبهة فلم

يحد **قوله** ويتحقق اي يتحقق خوف الهلاك من غيره اي من غير السلطان **قوله**
لتمكنه اي لتمكن المكره من الاستغاثة هي بالغين المعجمة **قوله** وتمكنه بالجر عطف على قوله
ليمكنه دفعه اي دفع غير السلطان **قوله** والنادر لا حكم له فلا يسقط به الحد والضمير
في له وبه راجع الى النادر **قوله** قال ومن اقر اربع مرات في مجالس مختلفة انه زنى بفلانة
وقالت هي تزوجني او اقرت بالزنا وقال الرجل تزوجتها فلا حد عليهما وعليه المهر في ذلك اي
فيما اذا اقر الرجل وادعت المراة النكاح وفيما اذا اقرت المراة وادعى الرجل النكاح وهذه
من مسايل الجامع الصغير المعادة وانما قيد بقوله بالاقرار اربع مرات في مجالس مختلفة
لانه اذا اقر اربع مرات في مجلس واحد يجعل ذلك مرة واحدة وانما الاقرار الموجب للحد
هو الذي يكون في مجالس مختلفة من مجالس المقر كلما اقر يرده القاضي الى ان يعود اربع مرات
ثم اذا اقر احدهما هكذا وسال القاضي عن الزنا ما هو وكيف هو ومتى هو واين هو فادعى
الاخر النكاح سقط الحد عنهما ويجب على الرجل العقوبة ذلك لان دعوى النكاح تحتمل الصدق
وصار احتمال الصدق شبهة في سقوط الحد عن المدعي فاذا سقط عنه الحد سقط عن الاخر
ايضا لان النكاح اذا وجد قام بالطرفين فتعدت الشبهة الى جانب الاخر ثم لما سقط الحد وجب
العقر ابانة لخطر المحل لكن هذا فيما اذا كان دعوى النكاح قبل ان يحد المقر فاذا كانت دعوى
النكاح بعد الحد فلا مهر لها لان الحد لا ينقض بعد الاقامة قال في شرح الطحاوي وان لم تدع
المراة النكاح وانكرت وادعت على الرجل حد القذف حد الرجل حد القذف ولا يحد حد الزنا
ثم اعلم ان سقوط الحد ووجوب المهر فيما اذا ادعى غير المقر النكاح لم يذكر فيه خلاف اما اذا
اقر احدهما وزنى الاخر الزنا ولم يدع النكاح ففيه خلاف قال الشهيد في الكافي واذا اقر الرجل
اربع مرات انه زنى بفلانة وقالت كذب ما زنى بي ولا اعرفه لم يحد الرجل في قول ابي حنيفة وقال
ابو يوسف ومحمد يحد وان قالت زنى بي مستكرهة حد الرجل دونها وان اقرت المراة اربع مرات
ان هذا زنى بها وكذبها الرجل لم تحد المراة في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد تحد وان
قال الرجل صدقت حدت المراة ولم يحد الرجل لانه لم يقر الا مرة واحدة الى هنا لفظه لهما ان
اقرار المقر حجة على نفسه فيواخذ بها ولابي حنيفة ان الزنا لا يتصور الا بالطرفين فاذا سقط
الحد عن احدهما بالتكذيب صار ذلك شبهة في الطرف الاخر فسقط عنه ايضا **قوله** وعليه
المهر في ذلك فان قلت كيف يجب لها المهر اذا اقرت بالزنا وادعى الرجل
النكاح وهي باقرار الزنا طالبة للحد نافية للمهر قلت نعم ان الامر
كذلك لكن الحد سقط عنهما لشبهة ناشية من دعوى النكاح فبعد سقوط الحد لم يلتفت الى اقرارها
بالزنا فاوجب العقر وهو مهر المثل ابانة لخطر المحل **قوله** فاورث شبهة اي قولها ه
تزوجني اوقوله تزوجتها **قوله** ومن زنى بجارية فقتلها فانه يحد وعليه القيمة قال صاحب
الهداية معناه قتلها بفعل الزنا وهذه من مسايل الجامع الصغير المعادة ولم يذكر فيه الخلاف
وكذا لم يذكر الحاكم الشهيد الخلاف ايضا لكن الفقيه ابا الليث قال في شرحه للجامع الصغير ذكر
ابو يوسف في الامالي ان هذا قول ابي حنيفة خاصة وفي قول ابي يوسف لا حد عليه ولو كان
حرة فعليه الحد بالاتفاق وكذلك ذكر المسئلة مختلفا فيها في المختلف والمنظومة في باب
خالف فيه ابو يوسف ابا حنيفة ولا قول فيه لمحمد قلت انما ذكرت المسئلة في المختلف والمنظومة
كذلك بناء على ما ذكر في الامالي والاشبه ان يكون قول محمد مثل قول ابي حنيفة لان مسايل الجامع

الصغير كلها منصوصة عن ابي حنيفة ولو كان فيها لمحمد قول اخر على خلاف ابي حنيفة او كان
يوقف فيها ليبين ذلك لكن ابا يوسف انما ذكر في الامالي هذا قول ابي حنيفة خاصة لان محمدا
كان تلميذا ابي يوسف فلم يلتفت الى قوله ولم يعتد بخلافه وجه قول ابي يوسف ان الجارية
ملكها الزاني قبل اقامة الحد عليه بضمان القيمة لان ضمان القيمة سبب للتملك فلما ملكها قبل
اقامة الحد سقط الحد كما اذا ملك السارق المسروق قبل القطع حيث يسقط القطع
وهذا لان الشبهة الموجودة في المستانف كالشبهة الموجودة في الابتدا ولهذا كالحرة
لانها لا تملك بالضمان فلا يسقط الحد والامة تملك بالضمان فافترقا ولابي حنيفة رضي الله
عنه انه زنى وجنى فيواخذ بموجب كل واحد منهما فيحد بالزنا ويضمن القيمة بالجناية على
النفس ولا منافاة بينهما فيجتمعان فلا يكون ضمان القيمة مانعا عن وجوب الحد لانه ضمان
الدم فلا يوجب الملك فلما لم يملكها لم يسقط الحد لان ضمان الدم لم يورث الشبهة فلو كان
هذا الضمان يوجب الملك لا وجب في العين التي هي موجودة لا في منافع البضع التي هي اعراض
استوفيت وانعدمت وهذا لان الملك الثابت في باب العدوان يثبت بطريق الاستناد والاستناد
يظهر في القايم لا في الغايب فاذا لم يثبت شبهة الملك في منافع البضع المستوفاة فلم يسقط
الحد بخلاف ما اذا وهب المسروق منه المسروق للسارق قبل القطع فانه ملكه وفيما نحن
فيه لم يملك الزاني الجارية لانه ضمان دم وايضا الخصومة شرط اقامة الحد في باب السرقة
وبالهبة انقطعت الخصومة وفي باب الزنا لا يشترط الخصومة فيفسد القياس **قوله** جنى
جنايتين وهما الزنا والقتل **قوله** وهو على هذا الخلاف اي شرا الجارية بعد الزنا بها قبل
اقامة الحد على هذا الخلاف فعند ابي حنيفة ومحمد يحد خلافا لابي يوسف **قوله** فلا يظهر
في المستوفا لكونها معدومة والضمير راجع الى المستوفا على تاويل منفعة البضع اي لا يظهر
الملك في المنافع المستوفاة لانها انعدمت وبيانه مر انفا **قوله** وهذا بخلاف ما اذا
زنى بها فاذهب عينها يجب عليه قيمتها ويسقط الحد اي هذا الذي قلنا فيما اذا زنى بجارية
فقتلها من وجوب الحد وضمان القيمة بخلاف اذهاب العين بالزنا حيث سقط الحد ثمه
بضمان قيمة العين وهي نصف قيمة الجارية لانه لما ضمنها ثبت له ملك في الجثة العميا والجثة
العميا عين لا عرض فجاز ان يثبت الملك فيها بطريق الاستناد فاورث ذلك شبهة في سقوط
الحد وفي صورة المتنازع فيه لم يثبت الملك في الجارية اصلا لان ذلك الضمان ضمان دم ولم
يثبت في المنافع ايضا لانها معدومة فلم يسقط الحد لفقدان الشبهة فافهم **قوله** وكل
شي صنعه الامام الذي ليس فوقه فلا حد عليه الا القصاص فانه يوخذ به وبالاموال ثمه
وهذه من مسايل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الامام
الذي ليس فوقه امام اذا صنع شيا يجب فيه الحد فلا حد عليه واما القصاص والمال
فيوخذ به وفسر الفقيه ابو الليث في شرحه للجامع الصغير الامام الذي ليس فوقه
امام بالخليفة اعلم انه اذا قذف انسانا او زنى او شرب الخمر فلا حد عليه في الدنيا لان
هذه الحدود مفوض اقامتها واستيفاوها الى الامام لكونها حق الله تعالى وحد القذف
المغلب فيه حق الله تعالى عندنا على ما يجي بيانه ان شا الله تعالى ولا يمكن ان يكلف الامام
باقامة الحد على نفسه ولا يقدر القاضي ان يقضي عليه لانه هو الذي ولاه القضا فسقط
في الدنيا بخلاف القصاص والمال فانه يواخذ بهما لانهما لا يحتاج فيهما الى قضا القاضي لانهما

من حقوق

من حقوق العباد فصار الخليفة وغيره فيهما سوا وذلك لان صاحب الحق يقدر على استيفا
حقه اما بتمكين الامام او بمنعة المسلمين ولكل واحد من المسلمين منعة منهم فامكن
استيفا القصاص والمال بهم فصح القول بوجوبهما وليس كذلك الحدود المذكورة لان
استيفاها ليس الى المسلمين بل الى الامام فلا يفيد الوجوب فلا بد منه فعرفت من هذا
ان اشتراط قضا القاضي في القصاص ليتمكن الولي من استيفا به لا انه لا يجوز بدون
قضا به **قوله** لان الحدود حق الله تعالى دليل قوله فلا حد عليه **قوله** وافا منه
اليه اي اقامة الحدود والى الامام لا الى غيره اي غير الامام **قوله** والقصاص والاموال منها اي
من حقوق العباد **قوله** فحكمه حكم ساير الحدود التي هي حق الله تعالى اي حكم حد القذف في انه
لا يوخذ به الامام وختم الباب بمسئلة ذكرها في خلاصة الفتاوى وهي ان رجلا مر على امراة
يقال لها ام عمران وهي مجنونة فقالت له يا ابن الزانيين فدعاها ابن ابي ليلى وضربها حدين
في مسجد الجامع فسمع ابو حنيفة فقال اخطا ابن ابي ليلى في ستة مواضع حد المجنونة والمجنونة
لا تحد واقام الحد في المسجد والحد لا يقام في المسجد وجمع بين الحدين وبقذف الجماعة لا يجب الا
حد واحد ووالى بين الحدين ولا ينبغي ان يقام الحد ما لم يخف الاول وضربها بغير خصم وضربها
وهي قايمة والمراة يقام الحد عليها وهي قاعدة والله اعلم بالصواب

باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها

قد ذكر في
اول كتاب الحدود ان ثبوت الزنا بالبينة والاقرار وبينهما جميعا ثم احتاج هنا ان يذكر في
هذا الباب ما كان سببا لرد الشهادة مثل التقادم والرجوع وكون الشهود عميانا او محدودين
في القذف ونحو ذلك ومثل ظهور المشهود عليها بالزنا بكرا ومثل كون عدد الشهود اقل من
الاربعة وغير ذلك مما يذكر في الباب فاخر الباب لان هذه الاشيا عوارض والاصل عدم
العارض **قوله** واذا شهد الشهود بحد متقادم لم يمنعهم عن اقامته بعدهم عن الامام
لم تقبل شهادتهم الا في حد القذف خاصة هذا لفظ القدوري في مختصره وقال الشافعي
يقبل شهادتهم وصورة المسئلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل
شهد عليه الشهود بعد حين بسرقة او زنا او شرب خمر قال لا يحد في شي من ذلك
الا انه يضمن السرقة فان اقر هو بعد حين بذلك اخذ به الا الشرب فانه لا يوخذ
بذلك وهو قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يوخذ به كما يوخذ بالسرقة والزنا
والاصل هنا ان الشهادة في الحدود التي هي حق الله تعالى خالصة كحد السرقة وحد
الزنا وحد شرب الخمر يبطل بالتقادم والاقرار بذلك لا يبطل بعد التقادم الا الاقرار
بشرب الخمر فانه يبطل بعد التقادم ايضا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال ابن ابي ليلى
الشهادة والاقرار لا يقبلان بعد التقادم كذا ذكر الفقيه ابو الليث قوله في شرح الجامع الصغير
وقال الشافعي لا تبطل الشهادة والاقرار بالتقادم اعتبارا بحقوق العباد لان كل واحد من
الحقين واجب الاقامة وابن ابي ليلى جعل التقادم شبهة في الحدود ولنا ان الشهادة بعد
التقادم تورث التهمة في الشهود وشهادة المتهم مردودة فلا تقبل بعد التقادم لقوله صلى
الله عليه وسلم لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين وهو المتهم وروي عن عمر رضي الله عنه قال ايما
شهود شهدوا على حد لم يشهدوا على حضرته فانما شهدوا على ضغن فلا شهادة لهم ذكره
محمد في الاصل وانما قلنا انها بعد التقادم تورث التهمة لان الشاهد اذا راى اسباب الحد

نحو الزنا والشرب فله الخيار بين الستر لقوله عليه السلام من ستر على مسلم ستره الله في
الدنيا والآخرة رواه ابو هريرة وبين الشهادة لقوله تعالى واقيموا الشهادة لله ثم انه اذا
لم يشهد في اول الامر عمل امره على الصلاح بان يقول انه اختار الستر المندوب لا الحد فانه
لو اختار الحد ومع ذلك اخر الشهادة يلزم تفسيقه لان تاخير الحد حرام ثم انه بعد
ان اختار الستر اذا شهد بعد التقادم علم انه هيجته الضغينة او حركته العداوة
فاتهم في الشهادة فلم يقبل بخلاف حد القذف فان التقادم لا يبطله لان فيه حق ودعوى
المقذوف شرط للشهادة فيكون تاخير الشهادة بناء على انعدام الدعوى فلا يفسق الشاهد
بالتاخير ولا يلزم على هذا حد السرقة فان الشهادة فيه تبطل بالتقادم مع ان الدعوى
فيه شرط ايضا لانا نقول الدعوى شرط في حق المال لا في حق الحد لان حد السرقة خالص
حق الله تعالى فلا يشترط فيه الدعوى فاذا لم يشترط الدعوى ومع هذا لم يشهد حالة
وقت السرقة فشهد بعد التقادم ثبت التهمة المانعة عن قبول الشهادة فلا تقبل في
حق الحد لكن السارق يضمن السرقة لان وجوب المال لا يبطل بالتقادم لانه من حقوق
العباد ولا يلزم على هذا اذا كان تاخير الشهادة لعذر كالمرض او بعد المسافة حيث لا
يبطلها التقادم لان الشاهد لم يقدر على اداء الشهادة فلم يثبت التهمة هذا كله في الشهادة
اما الاقرار بالزنا او السرقة فالتقادم لا يبطله لانه لا يتهم في اقراره لانه اقر على نفسه
الا الاقرار بالشرب فانه يبطل بالتقادم عندهما خلافا لمحمد وحده لانقطاع الرائحة
عندهما وقدره محمد بشهر كما قدره في سائر الحدود ولانه ادنى الآجال وجه قولهما ان حد
الشرب ما ثبت الا باجماع الصحابة رضي الله عنهم ولا اجماع بدون راي ابن مسعود وما علم
اقامة حد الشرب منه بعد انقطاع الرائحة ولو جاوا بالسكران من بعيد يذهب الرائحة في
مثل ذلك الوقت تقبل الشهادة بالاتفاق كذا في شرح الطحاوي ثم التقادم في الزنا
والسرقة وشرب الخمر على ما يرى القاضي في قول ابي حنيفة ولم يقدر في ذلك شيئا وذكر في
الجامع الصغير في التقادم الحين وذلك ستة اشهر قال فخر الاسلام لم يرد به الامر
اللازم ونقل الناطفي في الاجناس عن نوادر المعلى قال ابو يوسف جهدنا على ابي حنيفة
ان يوقت في ذلك شيئا فابى وقد ذكر في المجرد قال ابو حنيفة لو سال القاضي الشهود متى زنا
بها فقالوا منذ اقل من شهر اقيم الحد وان قالوا شهرا او اكثر درئ عنه الحد قال ابو العباس
الناطفي فقد قدر على هذه الرواية بشهر وهو قول ابي يوسف ومحمد والمتقادم من القدم
بمعنى القديم وهو خلاف الحديث وهو المراد هنا فمعنى قوله شهد واحد متقادم اي
بحد قديم سببه لا حديث والقديم يكون بمعنى الذي لم يزل وليس هو المراد قوله
بين حسبتين قال في المجمل الحسبة احتسابك الاجر عند الله عز وجل قوله اداء الشهادة
والستر كلاهما بالجر على انهما بدلان من حسبتين قوله لضغينة هيجته والضغينة
الضغن وهو الحقد وهيجته اي بعثته يقال هيجت الناقة فانبعثت قوله فيتهم فيها
اي يتهم الشاهد في الشهادة قوله بالمانع اي عن قبول الشهادة قوله بخلاف الاقرار
اي لا يبطل بالتقادم لكن هذا في حد الزنا والسرقة لا في حد الشرب لانه يبطل الاقرار
فيه ايضا بالتقادم عند ابي حنيفة وابي يوسف كما بينا وسيجيء ذلك في باب حد الشرب
ان شاء الله تعالى قوله حتى يصح الرجوع عنها بالرفع لان حتى هنا للحال وهو ابتداء لكون حد

الزنا

الزنا وشرب الخمر والسرقة خالص حق الله تعالى لان الرجوع يصح عن هذه الاشياء بعد الاقرار
بخلاف حد القذف فان فيه حق العبد بدليل انه لا يصح الرجوع عنه بعد الاقرار به
قوله الدعوى فيه شرط اي في حق العبد قوله فلا يوجب تفسيقهم اي لا يوجب
تاخير الشهادة تفسيق الشهود قوله على ما مر اشارة الى قوله خالص حق الله تعالى
حتى يصح الرجوع قوله لان الدعوى ليس بشرط للحد لانه خالص حق الله معناه
ان اشتراط الدعوى في حد السرقة ليس لاجل ان الحد يقتضيه فلو كان لاجل
الحد لم يشترط لان حد السرقة خالص حق الله تعالى وليس الدعوى بشرط في خالص
حق الله تعالى كما في حد الزنا بل اشتراط الدعوى لاجل المال فلما لم يكن الدعوى
شرطا للحد كان تاخير الشهادة مانعا لقبولها لانه وقع بلا عذر قوله وانما شرط للمال
اي شرط الدعوى للمال لا للحد وتذكير الفعل المسند الى ضمير الدعوى على تاويل الادعاء
قوله ولان الحكم يدار على كون الحد حقا لله تعالى فلا يعتبر وجود التهمة في كل فرد
بيان هذا ان المعنى المبطل للشهادة في التقادم في الحدود الخالصة حقا لله تعالى
هو الضغينة والعداوة لكن هذا المعنى باطن فيدار الحكم على صورة التقادم في الحدود
الخالصة سواء كان حد السرقة او غيره فيكون صورة التقادم قائمة مقام التهمة سواء
وجدت التهمة او لا كما اقيم السفر مقام المشقة قال الفقيه ابو الليث اما في السرقة
فلا تقبل شهادتهم لتهمة في المدعي لا في الشهود لانهم لا يمكنهم ان يشهدوا ما لم يدع
المدعي ولكن المدعي متهم في دعواه لانه لو اراد بدعواه اقامة حد الله تعالى لبادر
الى دعواه فلما لم يبادر علم انه اراد الستر عليه فلما ادعى بعد ما تقادم علم ان دعواه
لعداوة ظهرت فيما بينهما فلما بطلت دعواه بطلت الشهادة بغير دعوى والشهادة على
السرقة لا تقبل بغير دعوى ولكن السارق يضمن السرقة لان وجوب المال لا يبطل
بالتقادم لانه من حقوق العباد قوله لم يقدر في ذلك اي في التقادم لان
نصب المقادير بالراي ممتنع ولان العقل لا يهتدي في ذلك قوله قدره
بشهر اي قدر محمد التقادم بشهر لانه ادنى الآجال شرعا بدليل ان من حلف
ليقضين حق فلان عاجلا يقع ذلك على ما دون الشهر والضمير في قوله وهو رواية
عن ابي حنيفة وفي قوله وهو الاصح راجع الى تقدير التقادم بشهر قوله وهذا
اذا لم يكن بين القاضي وبينهم مسيرة شهر اي هذا الذي قلنا من تقدير التقادم بشهر بان يكون
مضي الشهر مبطلا للشهادة فيما اذا لم يكن بين القاضي وبين الشهود مسيرة شهر اما
اذا كان مسافة ما بينهم شهرا لا يكون مضي الشهر مبطلا للشهادة فتقبل شهادتهم لعدم التهمة
قوله في حد الشرب كذلك عند محمد اي قدر التقادم فيه ايضا بشهر قوله بابي
في بابه اي في باب حد الشرب قوله واذا شهدوا على رجل انه زنى بفلانة وفلانة
غائبة فانه يحد وهذه من خواص الجامع الصغير وعلى قول ابي حنيفة اولا لا يحد
وهو القياس كذا ذكر الفقيه ابو الليث في شرحه للجامع الصغير وذلك لانها اذا
حضرت فربما جاءت بشبهة دارئة للحد والحدود تندرئ بالشبهات وعلى قوله الاخير
وهو قول ابي يوسف ومحمد يحد الرجل لان النبي عليه السلام لم يعتبر غيبة المراة شبهة
الا ترى ان ماعزا اقر بالزنا بامراة غائبة فامر رسول الله صلى الله عليه وسلم برجمه

ولان غيبتها توهم دعوى النكاح وما اشبه ذلك اذا حضرت وسقوط الحد بشبهة قائمة لا باحتمال
شبهة ستوجد فلو اعتبر مثل ذلك لانسد باب الحد اصلا لانه يتوهم رجوع الشهود ايضا عن
شهادته والمقر عن اقراره ومع هذا لا يعتبر ذلك والمراة اذا احضرت تتوهم الشبهة وتوهم
الشبهة ليس بشبهة قال عليه السلام ادرءوا الحدود بالشبهات ولم يقل بتوهم الشبهات بخلاف
ما اذا كان احد وليي القصاص غائبا حيث لا يستوفي القصاص لجواز ان يحضر فيعفو لانه اذا
حضر فعفا يسقط القصاص بحقيقة العفو لا بشبهة العفو فاذا غاب كان احتمال العفو شبهة
فاعتبرت الشبهة وفيما نحن فيه اذا حضرت وادعت النكاح كان شبهة فاذا غابت احتمل الشبهة وذلك
شبهة الشبهة فلا يعتبر لانه وهم وبخلاف ما اذا شهدوا بالسرقة والمسروق منه غائبا حيث لا
يقطع لان الدعوى شرط في السرقة دون الزنا لان القطع لا يجب الا باخذ المال واخذ المال
لا يثبت الا بخصومة صاحبه فلما لم يوجد الدعوى لم تقبل الشهادة لان المال خالص حق العبد
وفي قول ابن ابي ليلى يقطع لان حد السرقة حق الله تعالى فصار كحد الزنا كذا نقل الفقيه
قوله في الجامع الصغير قوله وبالحضور يتوهم دعوى الشبهة اي بحضور المراة الغائبة
يتوهم دعوى الشبهة بان قالت تزوجني او كنت امته قوله وان شهدوا انه زنى بامراة وهم
لا يعرفونها لم يحد وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة وذلك لانهم اذا لم يعرفوها احتمل
انها حليلته او انها اجنبية فقد دخل اذن في الحد لعل وعسى فلا يجب الحد لقول علي وابن عباس
رضي الله عنهم اذا كان في الحد لعل وعسى فالحد معطل كيف والظاهر انها امراته او امته لانه
لا يليق بحال المسلم لان اسلامه يمنعه عن الزنا قال الحاكم الشهيد في الكافي وان قال المشهود
عليه ان التي رأوها معي ليست لي بامراة ولا خادم لم يحد ايضا وذلك لانها تتصور ان تكون امة
ابنه او منكوحة نكاحا فاسدا قوله وان اقر بذلك حد اي اقر بالزنا بامراة لا يعرفها حد وهذه
من المعادة ايضا وذلك لانه لا يشتبه عليه امراته وامته عن غيرهما وليس متهم في اقراره على نفسه
فيحد قوله وان شهد اثنان انه زنى بفلانة فاستكرهها واخران انها طاوعته درئ الحد عنهما
جميعا عند ابي حنيفة وهو قول زفر وقالا يحد الرجل خاصة وهذه من مسائل الجامع الصغير
المعادة وصورتها في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في اربعة
شهدوا على رجل بالزنا فشهد اثنان انه استكرهها وشهد اثنان انها طاوعته قال ادرءوا
الحد عنهم جميعا وقال ابو يوسف ومحمد يحد الرجل ولا تحد المراة وجه قولهما ان الشهود قد
اتفقوا على زنا موجب للحد في حق الرجل وهو الزنا عن طوع واختلفوا في حق المراة فتقبل
شهادتهم في حق الرجل لاتفاقهم فيحد ولا تقبل في حق المراة لاختلافهم فلا تحد ووجه
قول ابي حنيفة انهم شهدوا بفعلين مختلفين لان الزنا عن طوع غير الزنا عن اكراه فلم يثبت
لا هذا ولا ذاك لعدم الحجة الكاملة فلا تقبل كما اذا اختلفوا في المكان كالبصرة والكوفة
تلخيصه ان شاهدي الاكراه اثبتا كل الفعل للرجل وشاهدي الطواعية اثبتا شطر
الفعل له فان كل احد الفريقين شهد بزنا يوجب حدا واحدا اعني على الرجل خاصة والفريق
الاخر شهد بزنا يوجب حدين حدا على الرجل وحدا على المراة فلم يظهر لاحد الوصفين حجة
كاملة فلا تقبل ولان شاهدي الطواعية صارا قاذفين لها لعدم نصاب الشهادة فصارا
خصمين بالقذف فلا تقبل ولان شاهدي الطواعية صارا قاذفين لها لعدم نصاب الشهادة
فصارا خصمين بالقذف فلا تقبل شهادة الخصم الا ان حد القذف سقط عنهما بسقوط احصان المقذوفة

بشهادة

بشهادة الذين شهدوا باستكراهها وهذا لان المكرهة على الزنا يسقط احصانها لخلو الوطي
عن الملك وعن شبهتهما قوله درئ الحد عنهما اي دفع عن الرجل والمراة والدرء الدفع قال الله
تعالى قل فادرءوا عن انفسكم الموت اي فادفعوا وقال تعالى واذ قتلتم نفسا فادارأتم فيها اي
تدافعتم قوله وقالا يحد الرجل خاصة اي قال ابو يوسف ومحمد يحد الرجل خاصة لا المراة
قوله لاتفاقهما على الموجب بكسر الجيم اي لاتفاق الفريقين اعني شاهدي الطواعية وشاهدي
الاكراه على الموجب الحد في جانب الرجل وموجب الحد هو الزنا عن طوع قوله وتفرد احدهما
بجر الدال عطفا على قوله لاتفاقهما اي ولتفرد احد الفريقين اراد باحد الفريقين شاهدي
الاكراه بزيادة جنايته وهو الاكراه الضمير راجع الى الزيادة والتذكير للنظر الى الجناية
قوله بخلاف جانبها اي جانب المراة قوله ولم يثبت اي لم يثبت شرط تحقق الموجب في حقها
وهو طواعيتها لاختلافهما اي لاختلاف الفريقين قوله بهما اي بالرجل والمراة عنهما اي عن
شاهدي الطواعية قوله فصارا خصمين في ذلك اي صار شاهدا الطواعية بسبب قذفهما
خصمين في شهادتهما قوله وان شهد اثنان انه زنى بامراة بالكوفة واخران انه زنى بالبصرة
درئ الحد عنهما جميعا وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة وصورتها فيه محمد عن
يعقوب عن ابي حنيفة في اربعة شهدوا على رجل بالزنا فشهد اثنان انه زنى بها بالبصرة وشهد
اثنان انه زنى بها بالكوفة قال يدرا عنهما الحد وان كان ذلك في بيت واحد اقيم الحد على الرجل
والمراة قال الحاكم الشهيد في الكافي واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فاختلفوا في المراة المزني
بها او في المكان او في الوقت بطلت شهادتهم الا ان يكون اختلافهم في مكانين متقاربين من بيت واحد
او من غير بيت فيقام الحد استحسانا وانما لم يقبل شهادتهم في الفصل الاول لانهم شهدوا على زنائين
مختلفين لان فعل الزنا في هذا المكان غيره في المكان الاخر ولم تتم حجة كاملة على كل واحد
منهما الا اذا كان البيت صغيرا فاختلفوا او قال اثنان انه زنى في هذه الزاوية من البيت
وقال اخران انه زنى في الزاوية الاخرى منه حيث يقبل لامكان التوفيق لانه قد يكون ابتدا
الفعل في احدى الزاويتين ثم بالاضطراب ينتقلان الى الزاوية الاخرى بخلاف ما اذا كان
البيت كبيرا لا يحتمل التوفيق حيث لا يقبل شهادتهم ثم اذا لم يقبل شهادة الشهود لا يحدون
حد القذف عندنا خلافا لزفر وهو القياس وذلك لانه انما درئ الحد عن المشهود عليه
لنقصان عدد الشهادة لانه لم يتم على كل واحد من الفعلين حجة كاملة فصاروا كثلاثة
شهدوا على زنا فهم قذفة فكذلك هؤلاء ولنا ان الشبهة دارئة للحد بالحديث وقد وجدت
الشبهة هنا فيسقط حد القذف عنهم بيانه انهم شهدوا ولهم اهلية كاملة وعددهم كامل
على زنا واحد في زعمهم وانما جاء الاختلاف بذكر المكان فثبت شبهة الاتحاد في الشهادة فدرئ
حد القذف والحاصل انها شهادة من وجه دون وجه فبالنظر الى الاول لم يحد الشهود
وبالنظر الى الثاني لم يحد المشهود عليه قال في المختلف وعلى هذا الخلاف اذا شهد الفساق
بذلك قوله نظرا الى اتحاد الصورة والمراة اي نظرا الى اتحاد صورة نسبة الزنا واتحاد المراة
قوله في زاوية يعني شهد اثنان انه زنى في زاوية وشهد اخران انه زنى في زاوية غيرها
قوله وهذا استحسان اي حد الرجل والمراة فيما اذا اختلف الشهود في البيت الصغير استحسان
والقياس ان لا يحدا كما في البيت الكبير لثبوت الاختلاف في المكان حقيقة وهو قول الثلاثة قوله
فيحسبه من في المقدم في المقدم ومن في المؤخر في المؤخر اي يظن الواقف من كان في مقدم البيت

ان الواقع في مقدم البيت ويظن من كان في موخر البيت ان الواقع في موخر البيت لان المواقع في
وسط البيت فيشهد كل بحسب ما ثبت عنده قال في الشامل في قسم المبسوط وان اختلفوا في الثوب
الذي كان عليه حال زناه فتقبل شهادتهم لانه يتصور انه اخذ في العمل وهو لابس ثوبا ثم
لبس اخر وهو على حاله **قوله** وان شهد اربعة انه زنى بامراة بالنخيلة عند طلوع الشمس
واربعة انه زنى بها بدير هند درئ الحد عنهم جميعا اي عن الشهود وعن الرجل والمراة
المشهود عليها وهذه من مسايل الجامع الصغير ومعنى قوله انه زنى بها بدير هند اي عند
طلوع الشمس ايضا وبه صرح في الجامع الصغير وانما درئ الحد عن الرجل والمراة لان احد
الفريقين كاذب لا محالة لانه لا يتصور الزنا في ساعة واحدة من شخص واحد في مكانين متباعدين
لكنه لم يتعين الكاذب من الصادق لجواز ان يكون الكاذب اما هذا الفريق واما ذاك الفريق
فلهذا درئ الحد عنهما وانما درئ الحد عن الشهود لاحتمال كل واحد من الفريقين ان يكونوا
هم الصادقين قال الفقيه ابو الليث في شرحه للجامع الصغير ولو كان بين المكانين مسافة
قريبة جازت شهادتهم لانه يصلح ان الامرين قد كانا **قوله** بالنخيلة بالنون والخاء المعجمة
على وزن تصغير نخلة اسم موضع قريب من الكوفة ودير هند ايضا موضع قريب من الكوفة
فمن هذا قالوا الباء والجيم تصحيف لان بجيلة على وزن فعيلة بفتح الفاء وكسر اسم حي من اليمن
سموا ببجيلة وهي امراة من ولد عمرو بن الغوث اخي ازد بن الغوث ودير هند لا يساعد عليه
قال المبرد في كتابه المسمى بالكامل وقد كان المغيرة بن شعبة وهو والي الكوفة صار الى دير هند
بنت النعمان بن المنذر وهي فيه عمياء مترهبة واستاذن عليها فقال امير هذه المدرة بالباب فقالت
قولوا له امن اولاد جبلة بن الايهم انت قال لا قالت افمن اولاد المنذر بن ماء السماء انت قال لا قالت
فمن انت قال المغيرة بن شعبة الثقفي قالت فما حاجتك قال جئتك خاطبا قالت لو كنت جئتني لجمال او
كمال لاطلبتك ولكنك اردت ان تتشرف بي في محافل العرب وتقول نكحت ابنة النعمان بن المنذر
والا فاي خير في اجتماع اعور وعمياء فبعث اليها كيف كان امركم قالت ساختصر لك الجواب امسينا
وليس في الارض عربي وهو يرغب الينا ويرهبنا واصبحنا وليس في الارض عربي الا ونحن نرغب
اليه ونرهبه **قوله** وان شهد اربعة على امراة بالزنا وهي بكر درئ الحد عنهما وعنهم وهذه
من مسايل الجامع الصغير اراد به ان النساء نظرن اليها والاصل ان شهادة النساء فيما لا يستطيع
الرجال النظر اليه جائزة والبكارة من هذا القبيل فتقبل شهادتهن ثم لما ثبتت البكارة بقولهن
لا يتحقق الزنا لانه لا وجود له بالبكارة فاذا لم يتحقق الزنا يدرا الحد عن الرجل والمراة المشهود
عليها اولا يحد الشهود حد القذف لان شهادتهن لا تعتبر في ايجاب الحد لانها ليست بحجة مطلقا
ولهذا لا يعتبر شهادتهن وحدهن فيما يطلع عليه الرجال وان لم يكن حدا فلان لا يعتبر في
ايجاب الحد وهو يسقط بالشبهة اولى واحرى وكذا اذا خرجت المراة رتقا ويقبل في الرتقا
والعذرا والاشيا التي يعمل فيها بقول النساء قول امراة واحدة كذا قال الحاكم في الكافي **قوله**
في ايجابه اي في ايجاب الحد **قوله** فلهذا اسقط الحد عنهما ولا يجب عليهم اي فلاجل هذا المعنى
وهو ان شهادتهن حجة في اسقاط الحد وليس بحجة في ايجابه سقط الحد عن الرجل والمراة المشهود
عليها ولا يجب الحد على الشهود **قوله** وان شهد اربعة على رجل بالزنا وهم عميان
او محدودون في قذف او احدهم عبد او محدود في قذف فانهم يحدون ولا يحد المشهود عليه
اي ان الشهود يحدون ولا يحد المشهود عليه بالزنا وهذه من مسايل الجامع الصغير وصورتها

فيه عن محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في اربعة عميان شهدوا على رجل بالزنا قال يضربون
الحد وكذلك ان كانوا محدودين في قذف والاصل هنا ان الناس في حق الشهادة انواع نوع
منهم اهل لتحمل الشهادة والادا وذلك كالحر العاقل البالغ المسلم ونوع منهم اهل لتحمل الشهادة
دون الادا كالمحدود في القذف والعميان ولهذا ينعقد النكاح بشهادتهم ولا يصح اداوها
منهم لان الاعمى لا يميز الا بالصوت والنغمة وفي ذلك اشتباه ورد شهادة المحدود من تمام
حده قال تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا ونوع منهم ليس باهل للتحمل والادا جميعا كالعبيد
والصبيان والمجانين والكفار ولهذا لا ينعقد النكاح بشهادتهم ونوع منهم اهل للتحمل والادا
لكن في ادايهم خلل وقصور لتهمة الكذب كالفسقة فاذا عرفت هذا نقول لما لم يصح ادا
الشهادة في العميان والمحدودين في القذف والعبيد صاروا قذفة في نسبة الزنا الى المشهود
عليه فيحدون لان من لا ادا له كمن لا شهادة له اصلا بخلاف شهادة الفسقة حيث لا يحدون
ولا يحد المشهود عليه ايضا لان لهم ادا وقيام الادا صار شبهة فسقط الحد عنهم ولم يجب الحد
على المشهود عليه لقيام التهمة والعميان والعمي جمع الاعمى **قوله** لان الزنا يثبت بالادا
اي يثبت عند القاضي باداء الشهادة عند عدم الاقرار معنى يظهر واوانما قيدنا بالظهور
عنده لان وجود الزنا لا يتوقف على الشهادة او الاقرار وانما يتوقف ظهوره **قوله**
وان شهدوا وهم فساق او ظهر انهم فساق لم يحدوا وهذه من خواص الجامع الصغير وصورتها
فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في اربعة فساق شهدوا على رجل بالزنا فردت شهادتهم
قال لا حد عليهم وذلك لان الفاسق اهل لتحمل الشهادة والادا لكن فيه قصور لتهمة
الكذب فترد شهادته لاجلها فلما كان له ادا ثبت به شبهة الزنا فلم يحدوا وباعتبار قصور
الادا للتهمة ثبت به شبهة عدم الزنا فلم يحد المشهود عليه ايضا والدليل على ان للفاسق
ادا قوله تعالى ان جاءكم فاسق بنبا فتبينوا اي فتثبتوا فلو لم يكن للفاسق شهادة لقال فلا
تقبلوا او لم يقل ذلك بل قال فتبينوا وفايدة التثبت القبول عند ظهور الصدق برجحانه
عند القاضي بالتامل في احواله ان مثل هذا الفاسق هل يكذب في العادة ام لا قال الفقيه
ابو الليث في شرح الجامع الصغير ولو قضى القاضي بشهادة الفساق جاز يعني عندنا
قوله امتنع الحد اي حد الزنا على المشهود عليه وحد القذف على الشهود **قوله** وفيه
فيه خلاف الشافعي اي يحد الشهود الفساق عنده لان الفاسق ليس باهل للشهادة
عنده كالعبد **قوله** وان نقص عدد الشهود عن اربعة حدوا وهذا لفظ القدوري
في مختصره وهذا هو احد قولي الشافعي وقال في قوله اخر لا حد عليهم وجه قول اصحابنا
ما روي عن عبد الرزاق عن الثوري عن سليمان التيمي عن ابي عثمان النهدي قال شهد ابو بكرة
ونافع يعني ابن علقمة وشبل بن معبد على المغيرة انهم نظروا اليه كما ينظرون الى الميل في
المكحلة فجا زياد فقال عمر رضي الله عنه جا رجل لا يشهد الا بحق فقال رايت مجلسا قبيحا
وانبهارا فجلدهم عمر الحد قال ابو نعيم هولا الذين شهدوا اخوة لام اسمها سمية وزياد بن
سمية كان يسمى زياد بن ابيه واصحابنا ذكروا في كتب الفقه ان زيادا قال رايت اقداما
بادية ونفسا عاليا وامرا منكرا ولا اعلم ما وراء ذلك فقال عمر رضي الله عنه الحمد لله الذي لم
يفضح رجلا من اصحاب رسول الله عليه السلام وحد الثلاثة وكان ذلك بحضرة الصحابة
من غير نكير ولان الله تعالى جعل نصاب الشهادة على الزنا اربعة فاذا نقص العدد عنها

صار واقذفة فيحدون حد القذف لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا
بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولأن الشاهد مخير بين حسبتين على ما مر في
أول هذا الباب وهنا لم يوجد حسبة الستر فكذا كظاهر ولم يوجد حسبة أداء
الشهادة أيضا فتعين القذف فلزم الحد بأنه أن كلام الشهود عند عدم النصاب لا
يكون قذفا إذا أراد واحسبة أداء الشهادة وأداء الشهادة إنما يتحقق إذا كان العدد
كاملا فعند نقصانه يكون أداؤها كلا أداء لكونها مردودة شرعا فيصيرون
قذفة فيحدون وهذا معنى قوله وخروج الشهادة عن القذف لاعتبارها أي
لاعتبار الحسبة **قوله** وإن شهد أربعة على رجل بالزنا فضرب بشهادتهم ثم وجدوا
أحدهم عبدا أو محدودا في قذف فإنهم يحدون وهذه من مسائل الجامع الصغير
المعادة إلى آخر ما قال اعلم أن المشهود عليه بالزنا إذا كان غير محصن فجلد فجرحته
السياط ثم وجد أحد الشهود عبدا أو محدودا في قذف أو أعمى فإنهم يحدون لأن
شهود الزنا حين كانوا أقل من أربعة يجب عليهم حد القذف لنقصان عدد الشهود
ويجب الحد على العبد أو المحدود أو الأعمى أيضا لأنه قاذف ولا يجب الضمان عند
أبي حنيفة على أحد لا على الشهود ولا على بيت المال وعند أبي يوسف ومحمد يجب أرش
جراحة الضرب على بيت المال وكذا إذا مات المجلود من الضرب يجب دية النفس
في بيت المال عندهما إذا ظهر بعض الشهود عبدا أو محدودا في قذف أو أعمى وعند
أبي حنيفة لا يجب شيء أما إذا كان المشهود عليه محصنا فرجم ثم ظهر أحد الشهود عبدا
أو محدودا في قذف أو أعمى فالدية على بيت المال بالاتفاق لكن لا حد على الشهود لأن
كلامهم انعقد قذفا لكن الأصل بموت المقذوف يبطل حد القذف لأنه لا يورث
عندنا بخلاف رجوع أحد الشهود فإنه يصير قذفا عند الرجوع بعد الموت وعلى هذا
الخلاف إذا رجع الشهود بعد الجرح بالجلد أو الموت بالجلد لا يضمنون عند أبي حنيفة
رضي الله عنه أصلا لا ضمان الأرش ولا ضمان النفس وعندهما يضمنون أرش الجراحة
إن لم يمت المجلود والدية إن مات وجه قولهما أن الواجب بشهادة الشهود مطلق الجلد
ومطلقه يشمل الجارح وغيره فيكون الجرح أو الموت مضافا إلى شهادة الشهود فإذا رجعوا
يضمنون فإذا لم يرجعوا فالضمان على بيت المال لأن الجرح أو الهلاك مضاف إلى القاضي
لأنه أخطأ في قضائه لا إلى الشهود لأنهم ما رجعوا والقاضي إذا أخطأ في قضائه يجب
الضمان على من وقع منفعة القضاء لأجله وقد وقعت المنفعة العامة لأن منفعة
الحد وهي إخلاء العالم عن الفساد فيجب الضمان في مال العامة وما لهم بيت المسلمين
كما إذا ظهر أحد الشهود عبدا أو محدودا في قذف بعد الرجم أو القصاص ووجه
قول أبي حنيفة أن الجرح أو الهلاك بالجلد ليس بمضاف إلى الشهود لأنهم شهدوا بجلد
مؤلم غير جارح ولا مهلك وليس بمضاف إلى القاضي أيضا لأنه ما أمر إلا بما شهد به الشهود
أيضا والدليل على ذلك أن الجلد لا يقام في الحر الشديد أو البرد الشديد ولا على المريض
أيضا حتى يبرأ كيلا يقع متلفا ولا يسوط له ثمرة كيلا يقع جارحا وكذا يفرق على أعضاء
المجلود سوى الرأس والوجه والمذاكير لهذا المعنى وإنما الجرح أو الإهلاك حصل
لعنف الجلاد أو لضعف وكان القياس أن يضاف الضمان إلى الجلاد لأن العنف حصل منه

لأن

لأن القاضي ولا من الشهود إلا أنه لم يضف إليه لأنه مأمور بأصل الضرب فسقط منه
ما ليس في وسعه وهو طلب السلامة لا يكلف الله نفسا إلا وسعها ولأن الجلاد لو أخذ بالضمان
لتقاعد الناس عن إقامة الحد ويعطل الحد خوفا عن الغرامة حيث لا يجلد القاضي بنفسه
قوله وإن رجم فديته على بيت المال يعني أن رجم المشهود عليه بالزنا بأن كان محصنا ثم
ظهر أحد الشهود عبدا أو محدودا في قذف فالدية على بيت المال هذا بالاتفاق لأن
القاضي أخطأ في قضائه للعامة فوجب الضمان في مالهم **قوله** وقالا أرش الضرب
أيضا يعني إذا جرحه الضرب لأنه إذا لم يجرح فلا شيء على أحد كذا ذكره الإمام العتابي
قوله فينتظم الجارح وغيره أي يشمل الضرب الجارح وغير الجارح **قوله** فيضاف
أي يضاف الجرح أو الهلاك إلى شهادتهم **قوله** وهو عامل للمسلمين أي القاضي عامل لهم
قوله فصار كالرجم والقصاص أي فصار الجرح أو الهلاك بالجلد على تقدير عدم
رجوع الشهود بأن ظهر بعضهم عبدا أو محدودا كالرجم والقصاص يعني أن في الرجم
والقصاص يجب الغرامة في بيت المال فكذا في الجرح أو الموت بالجلد **قوله** وهو قلة
هدايته أي المجلد في الضارب قلة هدايته **قوله** فاقتصر عليه أي اقتصر الجرح أو
الإهلاك على الضارب من غير أن يضاف إلى الشهود وإلى القاضي **قوله** إلا أنه لا يجب
عليه الضمان في الصحيح استثناء من قوله فاقتصر عليه هذا جواب سؤال بأن يقال لما
اقتصر عليه كان ينبغي أن يجب عليه الضمان وهو القياس فأجاب عنه وقال لكن لا يجب
عليه الضمان في الوجه الصحيح وهو الاستحسان كيلا يمتنع الناس عن إقامة الحد خوفا
من الغرامة **قوله** وإن شهد أربعة على شهادة أربعة على رجل بالزنا لم يحد وهذه من
مسائل الجامع الصغير المعادة التي فيها فائدة وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة
في أربعة شهدوا على شهادة أربعة بالزنا على هذا الرجل بهذه المرأة قال لا يجوز شهادتهم
وإن جاءت الأربعة فشهدوا على المعاينة بالزنا في ذلك المكان قال لا يجوز شهادتهم وذكر
هنا شهادة الأصول بعد رد شهادة الفروع كما ترى ولم يذكرها في الأصل بعد ذلك
وهي فائدة الجامع الصغير أما شهادة الفروع فإنما لم تقبل لتمكن الشبهة فيها باحتمال
الزيادة والنقصان بتداول الألسنة ولأن شهادتهم أضعف من شهادة النساء لأنهن يشهدن
عن عيان وهؤلاء يشهدون عن خبر لا عن عيان وليس الخبر كالمعاينة فإذا ردت شهادتهن
في الحدود فرد شهادتهم أولى ولأن شهادة الفروع بدل عن شهادة الأصول ونصب
البدل إنما يكون فيما إليه حاجة ولا حاجة إليها هنا لأن الحدود يحتال لدرئها لا لإثباتها
لكن لا حد على الفروع لأنهم حكوا قذف غيرهم والحاكي للقذف لا يحد ولأن تكامل عددهم
صار شبهة وأما شهادة الأصول بعد شهادتهم فإنما لا تقبل أيضا لأن الفروع نقلوا
شهادة الأصول وقد ردت شهادة الفروع فصار رد شهادتهم كرد شهادة الأصول من وجه
فصار شبهة في درء الحد عن المشهود عليه ولا يحد الأصول أيضا لتكامل عددهم ووجود
أهليتهم وقوله في ذلك المكان يريد به ذلك الزنا بعينه اعلم أن الشهادة على الشهادة
وشهادة النساء مع الرجال وكتاب القاضي إلى القاضي لا يقبل في الحدود والقصاص وبه
صرح في شرح الطحاوي وغيره ونقل في الأجناس عن نوادر ابن رستم وقال تقبل في التعزير
الشهادة على الشهادة والشهادة من النساء مع الرجال ويجوز فيه العفو ويصح فيه الكفالة

وهو حق الادمي **قوله** فان جاء الاولون اي بعد ما شهد الفروع **قوله** لم يحد ايضا اي المشهود
عليه **قوله** معناه اي معنى قول محمد في ذلك المكان **قوله** لان شهادتهم اي شهادة الاصول
قوله اذ هم قايمون مقامهم اي الفروع قايمون مقام الاصول وهذا التعليل لرد شهادة
الاصول بسبب رد شهادة الفروع **قوله** ولا يحد الشهود اي الاصول والفروع لا يحدون
لان عددهم متكامل والاهلية ايضا موجودة **قوله** وامتناع الحد على المشهود عليه لنوع
شبهة وهي شبهة البدلية فاحتمال الزيادة والنقصان في الفروع وشبهة الرد في الاصول
قوله وهي كافية لدرء الحد لا لايجابه اي الشبهة كافية لاسقاط الحد لا لايجاب الحد يعني ان
الشبهة لا توجب الحد ولكنها مسقطة له **قوله** واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فرجم فكلما ليست م
رجع واحد حد الراجع وحده وغرم ربع الدية وهذه من المسايل المعادة في الجامع
الصغير اعلم ان رجوع الشاهد لا يخلو اما ان يكون بعد القضا والامضا او بعد القضا
وقبل الامضا او قبل القضا والامضا فهذه فصول ثلاثة اما في الفصل الاول فيغرم الراجع
ربع الدية باتفاق اصحابنا ويحد الراجع وهذه عند علمائنا الثلاثة وقال زفر لا حد عليه
وقال ابن ابي ليلى وهو قول الحسن البصري يجب على الراجع القتل وان رجعوا جميعا يقتلون كذا
ذكر الفقيه ابو الليث قولهما اعني قول ابن ابي ليلى والحسن واخذ الشافعي لانهم قتلوه معنى حيث
الجاوا القاضي الى القضا ولنا ان القتل لما وقع بقضا القاضي صار شبهة فسقط القتل عنهم
فوجب الغرامة على الراجع وحده وهو ربع الدية وهذا لان العبرة في الشهادة لبقا من بقي
لا لرجوع من رجع وقد بقي من بقي بشهادته ثلاثة ارباع الحق فيكون الراجع متلفا ربع الحق
فيغرم ذلك لانه لما رجع فقد اقر على نفسه بانه اتلف نفسا معصومة هو وثلاثة انفس
اخرى معه فاقراره حجة على نفسه دون غيره فلهذا ضمن الربع لا غير واما الحد فانما لم
يلزمه عند زفر لانه لا يخلوا من احد الامرين اما ان كان قاذف حي او قاذف ميت فان
كان قاذف حي فقد بطل ذلك بموت المقذوف لان حد القذف لا يورث عندنا وان
كان قاذف ميت فلا يلزمه ايضا لانه مرجوم بحكم القاضي ولهذا لو قذفه غيره لا يحد لان
قضا القاضي بالرجم صار شبهة ولانه لما رجع بقي عن المرجوم الزنا ونسبه الى العفة
والاحصان فيكون قذفا في ان يكون كلامه السابق قذفا وقد بطل ذلك بالموت
لعدم صحة الارث ولنا انه لما رجع انقلب كلامه السابق قذفا للحال لان كلامه في حال
الحياة انعقد شهادة لا قذفا فبالرجوع انفسخت الشهادة فصار قذفا عند الرجوع وقاذف
الميت يحد كالملاعن اذا اكذب نفسه بعد تفريق القاضي يحد ويكون كلامه السابق قذفا
وان كان نفي الزنا بالاكذاب فان قلت اذا كان كلامه قذفا ٢
للحال ينبغي ان لا يحد الراجع كغيره لانه قذف من قضى القاضي بزناه وحكم برجمه قلت
الراجع اعترف بانه كذب في شهادته وقذف محصنا فاخذ بزعمه ولا كذلك اذا قذف غير
الراجع لانه يعتقد انه قذف غير محصن حيث حكم القاضي برجمه ولان قول الشاهد صار
حجة في درء الحد عن غيره ولا يجوز ان يكون قوله حجة في درء الحد عن نفسه واما في الفصل
الثاني وهو ما اذا رجع بعد القضا قبل الامضا يحد الشهود كلهم في قول ابي حنيفة وهو
قول ابي يوسف اخرا وعلى قول محمد وهو قول ابي يوسف اولا يحد الراجع وحده استحسانا
ذكر الاستحسان الحاكم الشهيد في الكافي وقول زفر مثل قول محمد كذا في المختلف وقال الشافعي

في احد قوليه لا يحد الراجع كذا في شرح الاقطع وجه قول محمد ان القاضي قضى بشهادته
وتاكد ذلك بالقضا ثم رجوعه بعد ذلك يصح في حق نفسه لا في حق غيره كما اذا رجع بعد
الامضا تحقيقه ان بالقضا تعين نفس المشهود عليه فصار بحال لو قتله انسان
لا شي عليه كذا ذكر الفقيه ابو الليث فصار حكم القضا حكم الامضا فاذا رجع بعد الامضا
يحد وحده فكذا هنا ووجه قولهما ان امضا الحد بمنزلة القضا بدليل ان الامضا لا يجوز
الا بمحضر من القاضي ولهذا يجعل الاسباب الحادثة في الشهود كالارتداد والفسق والجنون
والعمى والموت والغيبة بعد القضا قبل الامضا كالحادثة قبل الامضا فاذا كان الامضا
كالقضا كان الرجوع قبل الامضا كالرجوع قبل القضا فيحدون جميعا واما في الفصل الثالث
وهو ما اذا رجع قبل القضا والامضا فعندنا يحدون جميعا وعند زفر يحد الراجع وحده
لان رجوعه حجة على نفسه لا على غيره ولنا ان واحدا منهم لما رجع بقي الثلاثة والثلاثة
لا تصلح ان يكون شهود القصور العدد فصاروا قذفة بخلاف رجوع الواحد بعد القضا
والامضا لان هناك جعل القاضي كلامهم شهادة فبعد ذلك رجوع الواحد يصح في حق نفسه
لا في حق اصحابه وهنا لم ينعقد كلامهم شهادة حيث لم يقض القاضي به فبقي قذفا فيحدون
جميعا ولان واحدا منهم لو امتنع من الشهادة ابتدا فشهد الثلاثة يحدون لقصور عددهم
فكذا هنا **قوله** بناء على اصله اي اصل الشافعي في شهود القصاص يعني اذا رجعوا
بعد القصاص يقتلون عنده فكذا هنا اذا رجعوا بعد القصاص يقتلون عنده فكذا
هنا اذا رجعوا بعد الرجم يقتلون ايضا **قوله** وسنبينه في الديات حوالة لبسطها
زواج انشاه ذكر ذلك النجاح وقد بيناه انفا **قوله** واما الحد فهو مذهب الثلاثة
اي علمائنا الثلاثة وهم ابو حنيفة وابو يوسف ومحمد وهو عطف على قوله اما الغرامة لانه
ذكر قبل ذلك حد الراجع وحده وغرم ربع الدية ثم فصل ذلك بقوله اما الغرامة واما
الحد **قوله** فيورث ذلك شبهة اشارة الى كونه مرجوما بحكم القاضي **قوله** لان به تنفسخ
شهادته اي بالرجوع تنفسخ شهادة الراجع فيجعل كلامه قذفا للحال بخلاف ما اذا ظهر احد الشهود
عبدا بعد الرجم حيث لا حد عليهم اصلا لان كلامهم انعقد قذفا من الاصل فبالموت بطل ذلك
وقد مر بيانه عند قوله وان شهد اربعة على رجل بالزنا فضرب بشهادتهم ثم وجد احدهم
عبدا **قوله** وقد انفسخت به الحجة فينفسخ ما ينبني عليه وهو القضا في حقه والضمير في
عليه راجع الى الحجة على ما قبل الكلام وقوله وهو راجع الى ما وهو عبارة عن القضا والضمير
في حقه راجع الى الراجع يعني ان القضا انفسخ في حق الراجع لان القضا مبني على الشهادة
وقد انفسخت شهادة الراجع بالرجوع فلا تورث كونه مرجوما بقضا القاضي شبهة في سقوط
حد القذف عن الراجع لان القضا انفسخ في حقه بخلاف قذف غير الراجع فان القضا لم
ينفسخ في حقه فصار قيام القضا شبهة في حقه فلم يحد فظهر الفرق وقد مر بيانه **قوله**
فلا تنفسخ الا في حق الراجع اي لا ينفسخ الشهادة فيما اذا رجع بعد القضا قبل الامضا كما اذا رجع
بعد الامضا وجوابه ان القياس ليس بصحيح لان الامضا من القصاص وقد مر بيانه **قوله**
ولهذا يسقط الحد عن المشهود عليه اي لاجل ان الامضا من القضا في باب الحدود يسقط
الحد عن المشهود عليه اذا رجع واحد بعد القضا قبل الامضا كما يسقط اذا رجع قبل القضا
قوله لا يصدق على غيره اي لا يصدق الراجع على غير الراجع **قوله** وان كانوا خمسة

رجع احدهم لا شيء عليهم اي لا شيء على الشهود ولا على الراجع ولا على اصحابه لا الحد ولا الغرامة
لبقاء من بقي بقابه كل الحق فان رجع اخر يحدان حد القذف ويغرمان ربع الدية لانه بقي
ثلاثة ارباع الحق ببقاء الثلاثة على الشهادة لان كمال العدد ليس بشرط للبقاء بل يبقى بكل
رجل قسطه فصار عليهما الربع وعلى كل واحد من الراجعين حد كاملا لان الحد لا يتجزى
وهي من المسائل المعادة التي فيها فايدة لانه ذكر في الاصل رجوع واحد من الخمسة ولم
يذكر رجوع اخر معه وفي الجامع الصغير ذكر ذلك **قوله** اما الحد فلما ذكرنا اشارة
الى قوله ولنا ان الشهادة انما تنقلب قذفا بالرجوع قال **قلت** حين رجع
الواحد من الخمسة لا شيء عليه اصلا فبعد ذلك كيف يجب عليه الحد والغرامة برجوع الاخر
قلت انما لم يجب عليه شيء وقت رجوعه لمانع مع وجود
السبب والمانع بقاء الحجة الكاملة فلما رجع اخر زال المانع فعمل السبب عمله **قوله** على
ما عرف اي في كتاب الشهادات **قوله** وان شهد اربعة على رجل بالزنا فزكوا فرجم فاذا
الشهود مجوس او عبيد فالدية على المزكين عند ابي حنيفة وهذه من مسائل الجامع الصغير
المعادة وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في اربعة شهدوا على رجل بالزنا
فزكاهم نفر زعموا انهم احرار مسلمون فاذا هم مجوس او عبيد وقد رجمه الامام حين زكوهم
بذلك قال عليهم الدية وقال ابو يوسف ومحمد لا شيء على المزكين في ذلك والدية على بيت المال
قال صاحب الهداية معناه اذا رجعوا عن التزكية اي معنى قوله فالدية على المزكين وبدل
على صحة تاويله ما نص عليه الحاكم الجليل الشهيد في الكافي وقال واذا شهد الشهود على رجل
بالزنا والاحصان فزكاهم نفر زعموا انهم احرار ورجم ثم وجد احدهم عبدا قال لا حد
على الشهود ولا ضمان قلت فهل على المزكين شيء قال ان ثم المزكون على شهادتهم انهم احرار
لم يقض على المزكين بشيء ولا على الشهود فان رجع المزكون عن شهادتهم ضمنوا وهذا قول
ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد لا ضمان على المزكين قلت فان لم يقولوا انهم احرار
وقالوا انهم عدول ثم وجد واعبيدا قال لا ضمان على المزكين الى هنا لفظ الحاكم وجه
قولهما ان المزكين لم يعملوا شيئا سوى انهم اثنوا على الشهود خيرا واثبتوا بذلك شرط
الحجة وهي العدالة فصاروا كشهود الاحصان فلا يضمنون شيئا فاذا لم يضمنوا وجب
الضمان على بيت المال لان القاضي اذا اخطا في قضايه في حد يجب الضمان في بيت المال لان
قضاه وقع للعامة فوجب الضمان ايضا في مالهم وهو بيت مال المسلمين واذا اخطا
في قصاص او ضمان يجب الضمان على المقضي له ووجه قول ابي حنيفة رضي الله عنه ان
المزكين هم الذين انطقوا المشهود عليه بالزنا لان القاضي لا يقضي ما لم يكن التزكية فكانت
التزكية معملة للعلة والمعمل للعلة علة العلة والحكم يضاف الى علة العلة كما يضاف الى العلة
فصار المزكون كالشهود اذا رجعوا فيضمنون بخلاف شهود الاحصان فان الاحصان ليس
في معنى علة العلة بل هو علامة معرفة لحكم الزنا الصادر بعد وجود الاحصان ولا
حاجة لثبوت الزنا الى شهود الاحصان لان الزنا يثبت بشهود الزنا قبل شهود الاحصان
ولكن لا يثبت الزنا بشهود الزنا ما لم يزكوا فظهر الفرق بين التزكية وشهادة الاحصان ثم
لا ضمان على شهود الزنا في مسئلتنا لان كلامهم انما يقع شهادة بالتزكية فلما رجع المزكون
علم انه لم يقع شهادة بخلاف ما اذا رجع شهود الزنا ولم يرجع المزكون حيث يضمن شهود

الزنا لان كلامهم وقع شهادة ولا يحد شهود الزنا ايضا في مسئلتنا لانهم قذفوا
حيا فسقط الحد بموت المقذوف ولانه لا يورث عندنا فان **قلت**
الحكم بوجوب الدية على المزكين مطلق عن قيد الرجوع في مسئلة الجامع الصغير وصاحب
الهداية اوله به وانت قد استدللت على صحة ذلك بنص الحاكم الشهيد فاذا كان كذلك
كيف قال في المنظومة على المزكين ضمان من رجم ان ظهر الشاهد عبدا وعلى واوجبا ضمان
بدل المتلف في بيت مال المسلمين فاعرف وفي المزكين اذا هم رجعوا كذا وقالا عزروا
واوجعوا حيث اطلق البيت الاول عن الرجوع وقيد البيت الثالث بالرجوع فلو كان
معنى المسئلة فيما اذا رجعوا المزكون لزم التكرار وكذا ذكر صاحب المختلف ايضا
حيث قال وعلى هذا الخلاف اذا رجع المزكون فذلك دليل على الرجوع ليس بشرط
في الضمان المزكين فيما اذا ظهر الشهود مجوسا او عبيدا **قلت** الامام الحاكم
الشهيد عرف بمذهب اصحابنا وكبار الايمة شرحوا كتابه الكافي وسمى كل واحد شرحه
مبسوطا وكلامه نص في تحقيق المذهب على ان رواية الاصل كذلك حيث قال
فيه قلت ارايت الشهود اذا شهدوا على رجل بالزنا فسال القاضي عنهم فزكوا في السر
والعلانية فقضى بشهادتهم ورجم المشهود عليه ثم وجد احد الشهود عبدا هل
على الشهود شيء قال لا حد عليهم ولا ضمان والدية على بيت المال **قلت**
ارايت لو قال المزكون هم احرار فعرف نسبهم فامضى القاضي شهادتهم ثم وجد الشهود
ليس بهم نسب ووجد منهم عبيد اهل يقضي على المزكين بشيء قال ان ثم المزكون على شهادتهم
انهم احرار لم يقض على المزكين بشيء ولا على الشهود وان رجع المزكون عن شهادتهم
ضمنوا قلت فان لم يقولوا انهم احرار وقالوا انهم عدول ثم وجد واعبيدا كيف
القول في ذلك قال لا ضمان على المزكين الى هنا لفظ الاصل ولا يلزم التكرار في مسئلة
المنظومة والمختلف لان المسئلة الاولى فيما اذا رجع المزكون وقد ظهر بعض الشهود
عبدا والثانية فيما اذا رجعوا او لم يظهر بعض الشهود عبدا ثم اعلم ان المراد بالتزكية
اثبات عدالة الشهود بوصفهم بانهم ازكياء بان يقول المزكون هم احرار مسلمون **قوله**
وقيل هذا اذا قالوا تعمدنا التزكية مع علمنا بحالهم اي وجوب الضمان على المزكين عند
ابي حنيفة اذا قالوا تعمدنا ذلك اما اذا قالوا اخطانا فلا قال الامام العتابي في
شرحه للجامع الصغير وتاويله اذا قالوا علمنا انهم مجوس ومع هذا زكيناهم اما اذا
قالوا اخطانا فلا يجب عليهم الضمان لانهم نايبون عن القاضي والقاضي لو اخطا فلا
ضمان عليه فكذا هنا وانما وجب الضمان عليهم اذا تعمدوا لانهم اظهروا علة المتلف
قوله وهذا اذا اخبروا بالحرية والاسلام اي وجوب الضمان على المزكين فيما
اذا اخبروا واخبروا بحرية الشهود واسلامهم ثم ظهر الشهود مجوسا او عبيدا اما اذا
قالوا انهم عدول ولم يزيدوا على ذلك ثم ظهروا عبيدا لا ضمان عليهم لان العبد يكون
عدلا ايضا بتركه محظور دينه ثم اعلم ان ذكورة المزكي شرط عند ابي حنيفة خلافا
لهما ذكره في المختلف ولا يشترط العدد في المزكي عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا
لمحمد ويشترط الاثنان في ساير الحقوق والاربعة في الزنا اما لا يشترط في التزكية
بالاتفاق لفظة الشهادة ومجلس القضا وقد عرف في المختلف ونحو شهادة رجل

واسا ثبتي على الاحصان كذا قال الحاكم في الكافي **قوله** فلا يورث عنه اي لا يورث حد القذف عن الميت **قوله** واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فامر القاضي برجمه فضرب رجل عنقه ثم وجد الشهود عبيدا فعلى القاتل الدية استحسانا وفي القياس يجب القصاص وهذه من المسائل المعادة في الجامع الصغير ولم يذكر فيها محمد القياس والاستحسان في الجامع الصغير وقد ذكرهما في شروح الجامع الصغير قال الحاكم الشهيد في الكافي واذا شهد الشهود على رجل بالزنا وعدلوا ولم يقض القاضي بالرجم حتى قتله انسان بالسيف عمدا او خطا قال عليه القصاص في العمد والدية في الخطا وان كان قد قضي برجمه ثم قتله او قطع يده او فقا عينه فلا شيء عليه وان وجد احد الشهود عبدا بعدما قتله الرجل فعلى الرجل القصاص في القياس ولكن استحسن فابطل القصاص واجعل عليه الدية في ماله في ثلاث سنين وان قتله رجما فلا شيء عليه والدية على بيت المال وكذلك ارش الجراح اذا لم يكن مات الى هنا لفظ الحاكم وانما وجب القصاص في القياس لانه تبين بعدما وجد الشهود عبيدا انه قتل نفسا معصومة بغير حق فيجب القصاص لظاهر قوله وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس لكن لم يجب القصاص استحسانا لان قضا القاضي بحل دمه برجمه صار شبهة وهذا لان قضاه لو كان حقا يوجب اباحة الدم فاذا لم يكن حقا بان وقع خطا فصورة قضائه تورث الشبهة كالنكاح الفاسد ويكون شبهة في اسقاط الحد بخلاف ما اذا قتله عمدا بعد شهادة الشهود وتعديلهم قبل القضا حيث يجب القصاص لعدم الشبهة لان القضا هو المورث للشبهة ولم يوجد ثم لما لم يجب القصاص وجب الدية في ماله لان العاقلة لا تعقل العمد وهذا عمد لكن يجب في ثلاث سنين لان كل عمد سقط فيه القصاص للشبهة يجب الدية في مال القاتل في ثلاث سنين لانها وجبت بنفس القتل ابتدا الا بسبب يستحدث كالصلح فصارت كالدية في الخطا وشبه العمد وسيعرف ذلك في كتاب الديات ان شا الله تعالى بخلاف ما اذا قتله رجما بعد قضا القاضي بالرجم ثم وجد الشهود عبيدا حيث لا يجب شيء على القاتل وتجب الدية في بيت المال لانه امتثل امر القاضي ولم يخالفه لكن القاضي مخطي فيما قضى للعامة فيجب ضمان خطائه في بيت المال وليس كذلك اذا قتله بالسيف لانه خالف امر القاضي لانه امر بالرجم لا بحز الرقبة فلهذا اوجبت الدية في ماله **قوله** بخلاف ما اذا قتله قبل القضا اي يجب القصاص حينئذ **قوله** ولانه ظنه مباح الدم عطف على ان القضا صحيح ظاهرا وقت القتل **قوله** كما اذا ظنه حربيا اي ظن المسلم او الغازي او الشخص حربيا وعليه اي على المظنون علامتهم اي علامة اهل الحرب فقتله عمدا ثم ظهر ان المقتول ليس بحربي تجب الدية في مال القاتل لا القصاص لشبهة ظنه مباح الدم **قوله** في ماله اي في مال القاتل لانه عمد اي لان القتل **قوله** وان رجم على صيغة المبني للفاعل كذا السماع من الاساتذة الكبار اي ان رجم ذلك الرجل المذكور المشهود عليه بالزنا بعد قضا القاضي بالرجم ثم وجد الشهود عبيدا ويجوز على صيغة المبني للمفعول اي ان رجم المشهود عليه بالزنا في هذه الحالة ثم تبين حال الشهود **قوله** لانه امتثل امر الامام يقال امتثل امره اي احتذاه كذا في ديوان الادب **قوله** فنقل فعله اليه اي فعل الراجم الى الامام **قوله** ولو باشره بنفسه اي لو باشر الامام الرجم بنفسه **قوله** لما ذكرنا اشارة لما ذكر قبل ورقة بقوله لانه ينتقل فعل الجلاد الى القاضي وهو عامل للمسلمين فتجب الغرامة في مالهم **قوله** واذا شهدوا على رجل بالزنا وقالوا تعمدنا النظر قبلت شهادتهم وهذه من مسائل الجامع الصغير اعلم ان الشهود اذا قالوا تعمدنا النظر الى فرج الزاني والمزنية لا يكون فاذا بل تقبل شهادتهم

لانهم كلفوا على اقامة الشهادة على انهم راوا كالميل في المكحلة والرشا في البير والقلم في المحبرة ولا يصح التكليف على الخطا والسهو وانما يصح التكليف على القصد والعمد فاذا كانوا مكلفين على العمد لا تسقط شهادتهم بالعمد لان قصدهم اقامة الحسبة لا التلذذ قال الفقيه ابو الليث في شرحه للجامع الصغير وان اقروا انهم نظروا التلذذ ينبغي ان لا تقبل شهادتهم لانهم فسقة وشهادة الفاسق لا تقبل **قوله** فاشبه الطبيب والقابلة اي اشبه نظر شهود الزنا الى فرج الزاني والمزنية لضرورة في ذلك نظر الطبيب والقابلة الى الفرج وهذا لان الطبيب يجوز ان ينظر الى موضع العورة لضرورة المداواة قال في خلاصة الفتاوي ولا يجوز النظر الى العورة الا عند الضرورة وهي الاحتقان والختان والمداواة والولادة والبكارة في العنة والرد في العيب والمراة في حق المراة اولى وان لم توجد ستر ما وراء موضع الضرورة **قوله** واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فانكر الاحصان وله امراة قد ولدت منه فانه يرجم معناه ان ينكر الدخول بعد وجود سائر الشرائط اي شرائط الاحصان وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في اربعة شهدوا على رجل بالزنا وله امراة له منها اولاد فانكر ان يكون جامعها قال يرجم وذلك لان الولد ثابت نسبه منه بالفراش فاذا كان الولد منه شرعا كان الدخول ثابتا شرعا ايضا لان الولد بلا دخول لا يكون فبعد ذلك لا يلتفت الى انكار الدخول كما اذا شهد الشهود على الدخول وانكر هو ذلك على ان الولد اكثر دلالة من شهادة الشهود على الدخول فثمه لا يلتفت فهنا اولى ولهذا اذا طلقها هذا الرجل يكون له حق الرجعة وهذه المسئلة دلت على ان اثبات الاحصان ليس مثل اثبات العقوبات كالحدود والقصاص لانها لا تثبت بدلالة الظواهر **قوله** حكم بالدخول عليه اي حكم على الرجل بدخوله بالمراة **قوله** والاحصان يثبت بمثله اي بمثل هذا الدليل الذي دل ظاهرا وفيه شبهة **قوله** فان لم يكن ولدت منه وشهد عليه بالاحصان رجل وامراتان رجم خلافا لزفر والشافعي وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل شهد عليه اربعة بالزنا وهو ينكر الاحصان فشهد عليه بالاحصان رجلان او رجل وامراتان قال يرجم وان رجع شهود الاحصان فلا شيء عليهم اعلم ان المشهود عليه بالزنا اذا انكر بعض شرائط الاحصان كالنكاح والدخول والحرية فشهد عليه رجل وامراتان يثبت الاحصان عندنا خلافا لزفر والشافعي مر على اصله في عدم قبوله شهادة النسا في غير الاموال وفي غير موضع لا يطلع عليه الرجال لزفر ان الاحصان شرط في معنى العلة فلا تقبل شهادة النسا فيه كما لا تقبل فيها لان شهادة النسا لا مدخل لها في باب الحدود وبيانه ان علة حد الزنا هو الزنا لكنه يتغلظ عند وجود الاحصان ولهذا يجب الرجم الذي هو اقصى العقوبات فكان الاحصان شرطا في معنى العلة فلا تقبل شهادتهن على علة الحد فلا تقبل ايضا على شرطه وهو الاحصان لانه في معناها لتغلظ الجناية عنده ولهذا العبد المسلم اذا زنى فشهد نصرانيان ان مولاه النصراني اعتقه قبل الزنا لا يثبت حريته لانه شهادة الكافر على المسلم بالحد والحرية شرط من شرائط الاحصان فلم يسمع شهادة الكافر لانها شهادة بالحد ولا يسمع ايضا شهادة النسا على الاحصان لانه حد ولنا ان الذكورة انما شرطت في شهود الزنا لان في شهادة النسا شبهة لقصور عقلهن وضبطهن والشبهة انما تعتبر فيما يندري بالشبهات كالحدود والقصاص لا فيما لا يندري بها فاذا قامت البينة على

حد وقصاص او على سبب ذلك لا تكون معقولة بالشبهة والاحصان ليس بحد وعقوبة وليس بسبب لذلك لان سبب العقوبة معصية قبيحة والاحصان عبارة عن الخصال الحميدة فلا يكون سببا وليس بشرط للحد ايضا لانه لو كان شرطا تعلق به وجود الحكم ولم ينعدم عند وجود الحكم والاحصان ينعدم عنده وجود الحكم وهو الزنا فعلم انه ليس بشرط للحد فلما لم يكن الاحصان سببا ولا شرطا للحد يجب يتعلق به الوجوب والوجود بطل شرط الذكورة في الشهادة على شرائط الاحصان كما لو ثبت النكاح والدخول بشهادة رجل وامرأتين عند القاضي قبل ظهور الزنا ثم زنا فظهر زناه عند القاضي يقضي بالرجم عليه وهو معنى قوله في المتن كما اذا شهدوا به في غير هذه الحالة يحققه ان الموجب للحد في الزنا هو الزنا جلدا كان الحد او رجما لان ذلك هو حكم الله تعالى في المحصن وغيره الا ان كونه محصنا ليس بمعلوم للقاضي فاذا ظهر كونه محصنا بالشهود لا يضاف الحكم الى شهود الاحصان بل الى شهود الزنا نظيره قول القائل ان كان لفلان علي الف درهم فعبده حر فشهدوا ان لفلان عليه الفا يعتق العبد لكن لا يضاف العتق الى الشهادة بل يضاف الى التعليق والى وجود الالف عليه حالة التعليق فكذا هنا لا يضاف الرجم الى شهادة الاحصان التي ظهر بها الاحصان بل يضاف الى الزنا الموجب للرجم فعلى هذا قلنا لا يضمن شهود الاحصان اذا رجعوا خلافا لزفر لانه في معنى العلة عنده ولا نسلم ان العتق لا يثبت بشهادة النصرانيين بل يثبت الا انه لا يثبت سابقا على الزنا لئلا يتضرر به المسلم بكونه مرجوما حينئذ فان قيل — يدل على ان الاحصان شرط في معنى العلة ما اذا اقر بالاحصان ثم رجع صح كالزنا اذا اقر به ثم رجع وكما تقبل بينة الاحصان حسبة من غير دعوى كالزنا فينبغي ان يشترط الذكورة في الاحصان كما في التزكية عند ابي حنيفة قلنا — انما يصح الرجوع لانه لا مكذب له فيه بخلاف الاقرار بالمال فان رجوعه لا يصح لوجود المكذب لا باعتبار انه في معنى العلة وهي الزنا وصحت الشهادة من غير دعوى من ذي دعوى حسبة لاظهار حق الله تعالى وهو الرجم كالشهادة على عتق الامة يسمع من غير دعوى لانه يتضمن تحريم الفرج وهو حق الله تعالى والتزكية علة العلة فلهذا اشترطت الذكورة فيها عند ابي حنيفة وقد مر الفرق بينها وبين الاحصان في قوله وان شهد اربعة على رجل بالزنا فزكوا فرجم فاذا الشهود مجوس

قوله ان شهادتهن غير مقبولة في غير الاموال وكان ينبغي ان يقول وفي غير موضع لا يطلع عليه الرجال لان شهادتهن مقبولة عنده ايضا فيما لا يطلع للرجال كالولادة وعيوب النساء والرضاع لكن يشترط شهادة الاربع منهن عنده **قوله** عنده اي عند وجود الاحصان **قوله** لما ذكرنا اي لان الاحصان شرط في معنى العلة **قوله** على ما ذكرنا اشارة الى قوله قبل باب الوطء الذي يوجب الحد فيكون الكل مرجوعا عن الزنا فينظر ثمة **قوله** كما اذا شهدوا به في غير هذه الحالة اراد بهذه الحالة ما بعد الزنا اي تقبل شهادة رجل وامرأتين بالاحصان قبل الزنا وقد مر بيانه **قوله** بخلاف ما ذكره اراد ما ذكره زفر من شهادة الذميين على ذمي انه اعتق عبده قبل الزنا **قوله** بشهادتهما اي بشهادة الذميين **قوله** وانما لا يثبت سبق التاريخ يعني يثبت العتق لكن لا يثبت سابقا على الزنا وقد مر **قوله** وهو فرع ما تقدم اي عدم الضمان على شهود الاحصان اذا رجعوا عندنا ووجوب الضمان عند زفر بناء على ما قلنا انه في معنى العلة عنده وشرط محض

عندنا

عندنا لا يتعلق به الوجوب والوجود بل هو علامة معرفة لحكم الزنا الصادر بعده وفي الاحصان يكفي للشهود ان يقولوا دخل بها زوجها وقال محمد لا بد ان يقولوا جامعها او باضعها كذا ذكر في الشامل في قسم المبسوط

باب حد الشرب

ذكر حد الشرب بعد حد الزنا لان المعصية في الزنا اشد ولهذا كان الزنا مائة او رجما في الحر وحد الشرب ثمانون في الحر وعند الشافعي رحمه الله اربعون كما في العبد تخفيفه ما روى صاحب السنن باسناده الى عبد الله بن مسعود قال قلت يا رسول الله اي الذنب اعظم قال ان تجعل لله عز وجل ندا وهو خلقك قال ثم اي قال ان تقتل ولدك خشية ان يأكل معك قال ثم اي قال ان تزني بحليلة جارك قال وانزل تصديق قول النبي عليه السلام والذين لا يدعون مع الله الها اخر ولا يقتلون النفس التي حرم الله الا بالحق ولا يزنون الاية واخر حد القذف عن حد الشرب لتيقن الجريمة في الشارب دون القاذف لانه يحتمل انه صدق في القذف بان يكون المقذوف زانيا ولهذا كان حد القذف اخف من الجميع وتأخير حد السرقة لما انه شرع لصيانة الاموال والمال تبع **قوله** وان شرب الخمر فاخذ وريحها موجود او جاؤوا به سكران فشهد الشهود عليه بذلك فعليه الحد وكذلك اذا اقر وريحها موجودة وهذه مسئلة القدوري الا انه لم يذكر في مختصره او جاؤوا به سكران اعلم ان التقادم في الحدود الا في حد القذف مانع عن قبول الشهادة بالاتفاق الا ان في تقديره اختلافا فعند ابي حنيفة هو على ستة اشهر او على ما يراه الامام وعند محمد شهر هذا في غير حد الشرب وقدر محمد فيه ايضا كما قدر في حد الزنا والسرقة بشهر والفرق بين حد القذف وغيره مر في اول الباب الذي قبل هذا الباب وعندهما قدر بانقطاع الرائحة ولهذا قال ابو حنيفة في المجرد ان شهدوا عليه بشرب الخمر طوعا انه شربها من يومهم او ليلتهم تقبل فيحد وان كان مضى لذلك يوم او اكثر او ليلة او اكثر لم يحد وذلك لان في هذه المدة لا تنقطع الرائحة وفيما زاد عليها ينقطع وجه قول محمد ان التقادم لما كان مانعا اعتبر في ذلك الزمان كما اعتبر في غير حد الشرب فقدر بشهر لان ما دونه قريب ولم يعتبر الرائحة للاحتمال لان ريح الخمر قد يشتبه بريح السفرجل ولهما قول ابن مسعود فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه وقد اعتبر قيام الرائحة ولان الاختلاف وقع في قرب العهد وتطاوله وقيام اثر الشرب وهو الرائحة من اقوى الدلالات على الشرب فيعتبر في ذلك ولا حاجة مع وجود الاثر الى التقدير بالزمان واذا تعذر اعتبار الاثر صير الى ما يخلفه وهو الوقت ولم يتعذر ربما يخرج فيه والتمييز بين الروائح متحقق بالاستدلال لمن له لب واشتباهه على الجاهل الغر لا عبرة به في موضع الحجة وهذا في الشهادة اما الاقرار بالشرب فالتقادم لا يبطله عند محمد كما لا يبطله في حد الزنا بالاتفاق وعند ابي حنيفة وابي يوسف يبطله التقادم كما يبطل الشهادة والقياس ما قاله محمد لان الانسان لا يتهم في الاقرار على نفسه وانما يتهم في الشهادة بعد تطاول العهد وذكر في نوادر ابن سماعة عن محمد قال هذا اعظم عندي من القول ان يبطل الحد بالاقرار وانما اقيم الحد عليه وان جاء بعد اربعين عاما انه كان شرب النبيذ وسكر تقادم او لم يتقادم وجد ريحها او لم توجد ولهما ان حد الشرب ثبت باجماع الصحابة ولا يصح اجماعهم بدون رأي ابن مسعود رضي الله عنه وقد اعتبر هو قيام الرائحة لاقامة الحد فان قيل — الشرط يوجب وجود الحكم عند وجوده ولا يوجب العدم عند عدمه فعلى هذا يجب الحد

عند وجود الرائحة ولا يتقادم عند عدمها قلت عدم الحكم
عند عدم الرائحة لا باعتبار ان عدم الشرط اوجب عدم الحكم بل لعدم الاجماع على الحد على ذلك
التقدير لان اجماعهم لا يصح بدون راي ابن مسعود وهو لم ير الحكم عند انقطاع الرائحة له
والمذهب عندي في الاقرار ما قال محمد رحمه الله لما بينا وحديث ابن مسعود انكره بعض اهل
العلم كذا قال ابو عبيد رحمه الله لان الاصل في الحدود اذا جاء صاحبها معترفا بها الرد والاعراض
وعدم الاستماع احتيالا للدرء كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم حين اقر ماعز فكيف
يامر ابن مسعود بالتلتلة والمزمزة والاستنكاه حتى يظهر سكره فلو صح فتاويله انه كان
جاءه رجل مولع بالشراب مدمن فاستجاز ذلك **قوله** وريحها موجودة ذكر ضمير
الريح بالتانيث لان الريح من الاسماء المؤنثة السماعية **قوله** او جاءوا به سكران اي
الى مجلس القاضي وابا التعدية عليه اي على من شرب بذلك اي بشرب الخمر **قوله** وكذلك
اي لم يحد يعني كما انه لا يحد عندهما اذا اقر بعد ذهاب الرائحة فكذلك لا يحد اذا شهدوا
بعد ذهاب الرائحة وعند محمد لا اعتبار للرائحة بل يحد في صورة الشهادة اذا لم يتقادم
العهد ويحد في الاقرار وان تقادم **قوله** انه اي ان التقادم عنده اي عند محمد
قوله يقولون ان النكهة قد شربت مدامة فقلت لهم لا بل اكلت سفرجلا يروى البيت
بكلمة قد وهي رواية المطرزي في المغرب وبدونها وهي رواية الفقهاء فعلى الاول تسقط
همزة الوصل من النكهة في اللفظ وعلى الثاني تحرك بالكسر لضرورة الشعر ولا تسقط وتجوز
تحريك همزة الوصل في الحشو والانصاف وقد مر بيان ذلك في كتابنا الموسوم بتفسير الصفا
نظما ونثرا والمدامة بمعنى المدام وهي الخمر **قوله** وعندهما اي عند ابي حنيفة وابي يوسف
قوله ولان قيام الاثر اي اثر الخمر **قوله** على قرب العهد **قوله** وقد شرط اي شرط
ابن مسعود رضي الله **قوله** على ما روينا اشارة الى قوله تلتلوه ومزمزوه واستنكهوه فان
وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه والتلتلة بتائين كل واحدة منهما منقوطة بنقطتين فوقانيتين
بمعنى الترترة برائين مهملتين وكذلك المزمزة بزائين معجمتين في معناهما وهي التحريك والزعزعة
حتى يوجد منه الريح ليعلم ما شرب وجمع التلتلة تلاتل فهي الحركات قال ذو الرمة يصف
بعيرا بعيد مساف الخطو عوج شمردل تقطع انفاس المهاري تلاتله والمساف جمع مسافة
يعني انه بعيد الخطو عوج اي واسع الصدر شمردل اي طويل والانفاس جمع نفس والمهاري
جمع المهرية من النوق يقول انها تسير بسيره وهو تقلقلها في السير وتجهدها يوقع عليها
البهر والنفس لسرعته والاستنكاه طلب النكهة وهي رائحة الفم **قوله** فان اخذه
الشهود وريحها توجد منه او سكران فذهبوا به من مصر الى مصر فيه الامام فانقطع
ذلك قبل ان ينتهوا به حد في قولهم جميعا الواو في وريحها للحال ومعنى قوله او سكران
او هو سكران ذكر اشارة الى نبيذ الخمر وهذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه وان
كان الريح يوجد فلما ذهبوا به الى الامام انقطعت الرائحة بسبب بعد المسافة لم يبطل
الحد اعلم ان التقادم قدر بانقطاع الرائحة عند ابي حنيفة وابي يوسف فبعد انقطاعها
لا تسمع الشهادة اذا كان المشهود عليه حاضرا اما اذا كان غائبا عن الامام بحيث ينقطع الريح
قبل الانتهاء الى الامام لبعد المسافة فلا يكون التقادم مانعا عن قبول الشهادة لان تاخير
الشهادة حينئذ عن عذر فلا يتهمون في التاخير كما في سائر الحدود اذا اخروا الشهادة لبعد

المسافة

المسافة تقبل شهادتهم لعدم التهمة فكذا ههنا **قوله** ومن سكر من النبيذ حد وهذه مسئلة
القدوري والاصل في ذلك ما روي في السنن مسندا الى ابي هريرة قال قال رسول الله عليه
السلام اذا سكر فاجلدوه ثم ان سكر فاجلدوه ثم ان سكر فاجلدوه فان عاد الرابعة فاقتلوه
بيانه ان الحد في الخمر يجب بشرب قطرة منها بدون السكر بالاجماع فعلم ان النبي عليه السلام
اراد به السكر مما سوى الخمر من الاشربة ودل ايضا ان الحد في غير الخمر لا يجب بدون السكر
وقد روي ان عمر رضي الله عنه حد اعرابيا سكر من النبيذ يقال نبذت الشيء انبذه اذا القيته
ومنه سمي النبيذ لان التمر كان يلقى في الآنية ويصب عليه الماء كذا في الجمل والمراد ههنا
السكر من مطلق النبيذ سواء كان نبيذ التمر او الزبيب وقال بعضهم في شرحه اراد بقوله
ومن سكر من النبيذ الذي غلا واشتد قلت لا يحتاج الى هذا التفسير لان ذلك علم من قوله
سكر لان السكر لا يحصل قبل الغليان والاشتداد **قوله** ويبين الكلام في حد السكر
ومقدار الحد اي بعد خمسة خطوط **قوله** ولا حد على من وجد منه رائحة الخمر او
تقياها وهذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لانه يجوز ان يشربها مكرها او توجر في
حلقه كرها فلا يعتبر مجرد رائحة الخمر ما لم يعلم الشرب عن طوع وعلل صاحب الهداية
بقوله لان الرائحة محتملة فيرد عليه الاشكال لانه قال قبل هذا والتمييز بين الروائح ممكن
للمستدل وقطع الاحتمال وههنا عكس وتكلف بعضهم في توجيه ذلك فقال الاحتمال في نفس
الروائح قبل الاستدلال والتمييز بعد الاستدلال على وجه الاستقصاء ولقائل ان يقول اذا
كان التمييز يحصل بالاستدلال على الوجه المذكور فاذا استدل على ذلك الوجه في هذه
الصورة يرتفع الاحتمال في الرائحة لا محالة فينبغي ان يحد حينئذ لكن لم يقل به احد لجواز
تصور الاكراه وقال ايضا والتمييز ممكن لمن عاين الشرب والاحتمال لمن لم يعاينه وفيه
نظر لان من عاين الشرب يبنى الامر على عيان ويقين لا على استدلال وتخمين وصاحب الهداية
اثبت التمييز في صورة الاستدلال لا في صورة العيان فقد وقع اذن كلام هذا الشارح
عن كلامه فرسخا **قوله** ولا يحد السكران حتى يعلم انه سكر من النبيذ وشربه طوعا
وهذا لفظ القدوري في شرحه وعلل صاحب الهداية بقوله لان السكر من المباح لا
يوجب الحد كالبنج ولبن الرماك قال في شرح الطحاوي ما يتخذ من الحنطة والشعير والدخن
والاجاص والشهد ونحوها وان اشتد فهو حلال عند ابي حنيفة وابي يوسف ويجوز
بيعه ولا يحد شاربه وان سكر وعند محمد ما اسكر كثيره فقليله بعد السكر مكروه وقال
في الجامع الصغير في كتاب الاشربة وما سوى ذلك من الاشربة فلا باس به اي ما سوى
الخمر ونبيذ التمر والزبيب والمنصف والباذق وقد قال فخر الاسلام البزدوي في شرح
الجامع الصغير وهذا نص على ان ما يتخذ من الحنطة والشعير والعسل والذرة حلال
في قول ابي حنيفة حتى ان الحد لا يوجب وان سكر منه في قوله وروي عن محمد ان ذلك حرام
يجب الحد بالسكر منه وكذلك السكران منه اذا طلق امراته لم يقع عند ابي حنيفة بمنزلة
طلاق النائم والمغمى عليه وعند محمد يقع بمنزلة طلاق السكران من الاشربة المحرمة ثم
قال فخر الاسلام والذي ذكرناه عن ابي حنيفة انه حلال مطلق والسكر منه عنده بمنزلة
السكر من البنج ولبن الرماك انه يمنع وقوع الطلاق والعتاق والبيع والاقرار بالاجماع فهذا
كذلك قال في المحيط ذكر عبد العزيز الترمذي سالت ابا حنيفة وسفيان عن رجل شرب

البيخ فارتفع الى راسه فطلق امرأته قال ان كان حين شرب يعلم انه ما هو فهي طالق وان لم يعلم لا تطلق ولو ذهب عقله من دوا لا تطلق كذا في خلاصة الفتاوى في كتاب الطلاق وذكر شمس الائمة السرخسي في اثنا الكلام ان البنج والرماك مباح كالبنج وقال في اشربة الخلاصة وشرب البنج للتداوي لا باس به فان ذهب به عقله لم يحد وان سكر منه لم يحد عندهما خلافا لمحمد ثم اعلم انه اذا شرب الخمر يحد بشرب قطرة منها وان شرب النبيذ او الباذق وهو المطبوخ ادنى طبخة او شرب المنصف وهو الذي ذهب نصفه بالطبخ لا يحد ما لم يسكر عن شرب ذلك طوعا لان حرمة الخمر قطعية وحرمة هذه الاشيا اجتهادية حتى تحل شرب النبيذ ما لم يبلغ حد السكر اذا لم يكن عن لهو وطرب على قول ابي حنيفة وابي يوسف وحل شرب الباذق والمنصف على قول الاوزاعي اما اذا اشرب غير ذلك مما يتخذ من الحبوب كالحنطة والشعير والذرة والارز ومن الاشربة كالعسل فلا يحد وان سكر لان النبي عليه السلام قال الخمر من هاتين الشجرتين واشار الى الكرمة والنخلة والمراد بيان الحكم بانه ان الاشيا كانت مباحة في الاصل ما لم يتبين حرمتها لقوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعا فاذا كان كذلك توقف الحرمة على وجود دليلها في الاشيا المذكورة فبقيت على اصل الاباحة وباقي الكلام سوف يجي في كتاب الاشربة ان شا الله تعالى فلما لم يكن الحد في هذه الاشيا لم يحد السكران حتى يعلم انه سكر من النبيذ طوعا لانه يحتمل انه شرب من تلك الاشيا او شرب من النبيذ كرها فسكر فوقع الشك والحد لا يجب بالشك فلاجل هذا شرط العلم **قوله** ولا يحد حتى يزول عنه السكر هذا لفظ القدوري اعلم ان السكران لا يحد ما لم يصح لان المقصود من الحد الانزجار ولا يحصل الانزجار اذا احد في حال السكر لعدم الاحساس بالم الحد يؤيده ما روي عن عمر رضي الله عنه انه حبس سكران الى ان يصحو فلما صحا حده **قوله** وحد الخمر والسكر ثمانون سوطا وهذا لفظ القدوري في مختصره والسكر بضم السين وسكون الكاف كذا السماع اي حد الخمر كيف ما شربها قليلا او كثيرا بعد ان كان عن طوع فان حرمتها قطعية يجب الحد بشرب قطرة منها بلا اشتراط السكر وحد السكر في غير الخمر فان في غير الخمر لا يجب الحد ما لم يسكر لان حرمته اجتهادية اعلم ان حد الخمر عندنا في الحر ثمانون سوطا وهو مذهب مالك واحمد وقال الشافعي اربعون جلدة ولو ضرب قريبا من ذلك بالنعال واطراف الثياب يكفي على اصح الوجهين ولو راي الامام ان يجلد ثمانين جاز على الاظهر له ما روي في السنن مسندا الى حضين بن المنذر الرقاشي قال شهدت عثمان بن عفان واتي بالوليد بن عقبة فشهد عليه حمران ورجل اخر فشهد انه راه شربها يعني الخمر وشهد الاخر انه راه يتقيأها فقال عثمان انه لم يتقياها حتى شربها فقال لعلي اقم عليه الحد فقال علي للحسن اقم عليه الحد فقال ول حارها من تولى قارها فقال علي لعبد الله بن جعفر اقم عليه الحد فاخذ السوط وجعل يعد فلما بلغ اربعين قال حسبك جلد النبي عليه السلام اربعين وجلد ابو بكر اربعين وعمر ثمانين وكل سنة وهذا احب الي ولنا ما روي في الجامع الترمذي مسندا الى ابي سعيد الخدري رضي الله عنه ان رسول الله عليه السلام ضرب الحد بنعلين يعني في الخمر بيانه ان كل نعل يقوم مقام سوط فيكون الاربعون ثمانين وروي في الجامع الترمذي ايضا مسندا الى قتادة يحدث عن انس رضي الله عنه عن النبي عليه السلام انه اتي برجل قد شرب الخمر فضربه بجريدتين نحو الاربعين بيانه انه لما كان الضرب بجريدتين كان الاربعون ثمانين والجريدة سعف النخل عند اهل الحجاز والجواب عما رواه الشافعي ان اهل الحديث قالوا انه لا يصح عن علي رضي الله عنه ولم يقل علي من ذلك

شيا الاثري ان ما لك احدث في الموطا عن ثور بن زيد الديلي ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه استشار في الخمر يشربها الرجل فقال له علي بن ابي طالب نرى ان تجلده الحد ثمانين فانه اذا شرب سكر واذا سكر هذى واذا هذى افترى فجلد عمر رضي الله عنه في الخمر ثمانين وحدث البخاري ايضا في الصحيح باسناده الى عمير بن سعيد النخعي يقول سمعت علي بن ابي طالب رضي الله عنه يقول ما كنت لاقيم الحد على احد فيموت فاجد به في نفسي الا صاحب الخمر فانه لو مات وديته وذلك ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يسنه وحدث الطحاوي في شرح الاثار مسندا الى عمير بن سعيد ايضا عن علي رضي الله عنه قال ما حددت احدا حدا فاجد في نفسي شيا الا الخمر كان رسول الله عليه السلام لم يسن فيه شيا وحدث الطحاوي في حديث اخر باسناده الى عمير بن سعيد ايضا قال قال علي من شرب الخمر فجلدناه فمات وديناه لانه شي صنعناه وحدث الطحاوي ايضا في شرح الاثار باسناده الى علي انه قال اذا سكر هذى واذا هذى افترى وعلى المفتري ثمانون فدلت هذه الاحاديث كلها ان ذلك الحديث لا يصح عن رسول الله عليه السلام لانه لو كان عند علي شي مروي عن رسول الله لم يقل برايه ولم يقل لم يسن رسول الله عليه السلام شيا ولم يقل شي صنعناه ومما يدل على ان رسول الله عليه السلام لم يوقت في حد الخمر شيا ما حدث البخاري في الصحيح مسندا الى ابي هريرة رضي الله عنه قال اتي النبي عليه السلام برجل قد شرب قال اضربوه قال ابو هريرة فمنا الضارب بيده والضارب بنعله والضارب بثوبه فلما انصرف قال بعض القوم اخزاك الله قال عليه السلام لا تقولوا هكذا لا تعينوا عليه الشيطان وحدث ايضا فيه مسندا الى السايب بن يزيد قال كنا نؤتى بالشارب على عهد رسول الله عليه السلام وامراة ابي بكر وصدرا من خلافة عمر فنقوم اليه بايدينا ونعالنا واردينا حتى كان اخر امراة عمر فجلد اربعين حتى اذا عتوا وفسقوا جلد ثمانين ولا شك ان عمر رضي الله عنه جلد ثمانين بحضرة اصحاب رسول الله عليه السلام فلم ينكر عليه احد منهم فحل محل الاجماع فهذا معنى قول صاحب الهداية لاجماع الصحابة رضي الله عنهم ومعنى قوله ول حارها من تولى قارها اي ول شديدها من تولى هينها كذا قال الاصمعي يضرب مثلا في وضع الشي موضعه الذي يستحقه فان قلت ما حكم الخمر اذا شربها واحد اربع مرات فهل يجب القتل للحديث الذي روي في السنن عن ابي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله عليه السلام اذا سكر فاجلدوه ثم اذا سكر فاجلدوه ثم اذا سكر فاجلدوه فان عاد الرابعة فاقتلوه قلت ذلك محمول على التهديد والسياسة بدليل ما روي في السنن ايضا عن عبد الله بن مسعود قال قال رسول الله عليه السلام لا يحل دم امرئ مسلم يشهد ان لا اله الا الله واني رسول الله الا باحدى ثلاث الثيب الزاني والنفس بالنفس والتارك لدينه المفارق للجماعة وشرب الخمر ليس من هذه الثلاث فلم يجب القتل توفيقا بين الحديثين **قوله** ويفرق على بدنه كما في حد الزنا اي يفرق السوط على بدن شارب الخمر ولا يضرب على موضع واحد كما يفرق على بدن الزاني ويعطى كل عضو حظه من الضرب ما خلا الوجه والراس والفرج في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف احبا يضرب الراس ايضا وانما يفرق الضرب لان الحد يراد به الطهرة من الذنب وجميع الاعضا يحتاج الى التطهير بخلاف الاشيا المستثناة فان الضرب على الوجه يورث المثلة وهي منهية والضرب على الفرج والراس يخاف منه الهلاك

والحد راجع لا متلف وقد استقصينا بيان ذلك في فصل كيفية الحد واقامته فينظر ثمه وقوله على ما مر اشارة الى ذلك الفصل قوله ثم يجرد في المشهور من الرواية اعلم ان المحدود يجرد عن ثيابه في جميع الحدود والتعزير الا الازار احترازا عن كشف العورة الا حد القذف فانه يضرب وعليه ثيابه الا الحشو والفرو فان ذلك ينزع وسيجيء بيانه في بابه وروي عن محمد في غير ظاهر الرواية ان شارب الخمر لا يجرد عن ثيابه لعدم ورود النص بذلك وهو الاصح عندي وجه الظاهر ان التخفيف في حد الشرب حصل مرة بنقصان العدد عن جلده الزنا وهو الثمانية فلا يخفف ثانيا بترك التجريد وقال بعضهم في شرحه في بيان قوله لانه لم يرد بالتجريد نص اصلا في كتب الحديث وقال ايضا دليل كل واحد من حد الزنا وحد الشرب قطعي فيه نظر ايضا لان قوله تعالى الزانية والزاني مخصوص منه المكره والصبي والمجنون والمستامن ايضا على مذهب ابي حنيفة ومحمد فكيف يبقى القطع بعد التخصيص وكذلك في حد الشرب هؤلاء مخصوصون والذمي ايضا ومن يخاف على نفسه العطش ايضا مخصوص قوله وان كان عبدا فحده اربعون هذا لفظ القدوري اي ان كان شارب الخمر ومن سكر من الاشربة المحرمة عبدا والمثلث عبد الحر اربعون لان حد الحر ثمانون وحد العبد على النصف من ذلك فيكون اربعين وهذا لان الرق منصف وقد مر بيانه في فصل كيفية الحد واقامته وقد روى مالك في الموطا عن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وعبد الله قالوا حد العبد نصف حد الحر في الخمر وحدث مالك عن ابن شهاب الزهري انه سئل عن حد العبد في الخمر قال بلغنا ان عليه نصف حد الحر في الخمر قوله على ما عرف اي في اصول الفقه قوله ومن اقر بشرب الخمر والسكر ثم رجع لم يحد وهذا لفظ القدوري في مختصره السكر بفتحتين هو نقيع التمر اذا غلا ولم يطبخ كذا فسره الناطفي في الاجناس وقال في الجمهرة السكر كل شراب اسكر وقال في ديوان الادب السكر خمر النبيذ وقال في المجمل السكر شراب وقال في المغرب السكر عصير الرطب اذا اشتد وقال المفسرون في قوله تعالى تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا ان الخمر نزل قبل تحريم الخمر كذا قال الزجاج والقتبي وقال ابو عبيدة السكر الطعم قال القتبي لست اعرف هذا في التفسير والزجاج استدل لذلك بقول الشاعر جعلت اعراض الكرام سكرا اي جعلت ذمهم طعما لك ورزقا حسنا يعني التمر والزبيب والمراد هنا ما قاله الناطفي وانما خصه بالذكر والحكم في سائر الاشربة المحرمة كذلك حيث يصح رجوعه لانه الغالب في بلادهم ولا يدون السكر مضموم السين لان شرب السكر محال اللهم اذا قيل انه معطوف على الشرب لا على الخمر على معنى اقر بشرب الخمر واقر بالسكر فذاك صحيح من حيث العربية لكن السماع لم يقع الا على الاول ولان الاقرار بالسكر لا يخلو اما ان يكون بعد زوال السكر او حال السكر فالاول لا يجوز للتقادم والثاني لا يجوز ايضا لان السكران لا يحد باقراره وهي مسئلة اخر الباب ثم انما يصح الرجوع بعد الاقرار بشرب الخمر والسكر لانه لا مكذب له في الرجوع لان حد الشرب خالص حق الله تعالى فصار كالرجوع في الاقرار بالزنا وقد مر بيان ذلك قبل فصل كيفية الحد واقامته قوله ويثبت الشرب بشهادة شاهدين ويثبت بالاقرار مرة واحدة وهذا لفظ القدوري وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف وزفر يثبت باقراره مرتين في مجلسين اعتبار العدد الاقرار بعدد الشهود كما في الاقرار بالزنا ولنا ان الشرب يظهر باقراره مرة واحدة فلا حاجة الى التكرار كما في القصاص

وحد

وحد القذف والديون وتكرار الاقرار في الزنا ثبت بخلاف القياس فلا يقاس عليه غيره قوله وسنبينها هناك ان شاء الله اي سنبين هذه المسئلة في السرقة قوله ولا تقبل فيه شهادة النساء مع الرجال وهذا لفظ القدوري في مختصره وعلل صاحب الهداية بقوله لان فيها شبهة البدلية وتهمة الضلال والنسيان بيانه ان الله تعالى قال في اية المداينة واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامراتان ممن ترضون من الشهداء ان تضل احداهما فتذكر احداهما الاخرى من رجالكم من اهل ملتكم فان لم يكونا اي ان لم يكن الشاهدان رجلين فالذي يستشهد رجل وامراتان ممن ترضون مذاهبهم من اجل ان تضل احداهما الشهادة اي تنسى فتذكرها الاخرى ومنه قوله تعالى حكاية عن موسى فعلتها اذا وانا من الضالين اي من الناسين فثبت ان في شهادتهن البدلية والنسيان فصادف البدلية والنسيان شبهة فلم تسمع شهادتهن في باب الحدود لشبهة البدلية لان الحدود تندرئ بالشبهات كالشهادة على الشهادة لا تسمع في باب الحدود لكونها بدلا فكذا هنا يؤيده ما روي عن الزهري انه قال مضت السنة من رسول الله عليه السلام والخليفتين من بعده ان لا شهادة للنساء في باب الحدود والقصاص قوله والسكران الذي يحد هو الذي لا يعقل منطقا قليلا ولا كثيرا ولا يعقل الرجل ولا المراة وهذه مسئلة الجامع الصغير وقد رواها ابو يوسف عن ابي حنيفة رضي الله عنه وهو قول ابي حنيفة وقال في كتاب الاشربة اذا كان كلامه كلاما مختلطا لا يفهم منطقا ولا كلاما ولا جوابا وهو قولهما قال الفقيه ابو الليث وهذا اقرب من ذلك والمراد من اختلاط كلامه ان يهذي ويكون كلامه غير مستقيم مرة ومستقيما اخرى والمراد من قوله لا يفهم منطقا ولا كلاما ان لا يفهم حالة الهذيان لانه اذا لم يفهم ولم يعقل اصلا يكون قولهما كقوله ولا يبقى خلاف حينئذ لهما ان الاعتبار بالعرف والعادة فان الشارب اذا جعل يهذي يسمى سكران ولابي حنيفة ان في اسباب الحدود يعتبر اقصى غاياتها درءا للحد الا ترى ان في الزنا يعتبر المخالطة كالميل في المكحلة وفي السرقة يعتبر الاخذ من الحرز التام فكذا هنا اعتبر اقصى غاياته السكر وهو ان يبلغ مبلغا لا يعرف الارض من السماء والرجل من المراة واذا لم يبلغ هذا المبلغ في غير الخمر من سائر الاشربة المحرمة لا يحد لان السكر ناقص وفي النقصان شبهة العدم بخلاف الخمر حيث لم يشترط فيها السكر اصلا لان حرمتها قطعية لا اجتهاد فيه والمعتبر في السكر في حق الحرمة هو الذي قالاه بالاتفاق احتياطا واجتنابا عن الوقوع في الحرمة وروى بشر بن الوليد قال ابو يوسف قراءة قل يا ايها الكافرون كان يعجزه فهو السكر قال بشر قلت لابي يوسف كيف امر بقراءة هذه السورة من بين السور وربما يغلط فيها العاقل قال لان الله تبين ان الذي يعجز عن قراءة هذه السورة سكران لان واحدا من الصحابة صلى بالناس قبل تحريم الخمر وكان سكران فقرا هذه السورة بخلاف ما انزلت فنزل قوله تعالى يا ايها الذين امنوا لا تقربوا الصلاة وانتم سكارى فثبت انه اذا عجز عن قراءة هذه السورة عرف انه سكران كذا ذكر الفقيه ابو الليث يدل عليه ما حدث ابو عيسى الترمذي في جامعه باسناده الى ابي عبد الرحمن السلمي عن علي بن ابي طالب رضي الله قال صنع لنا عبد الرحمن بن عوف طعاما فدعانا وسقانا من الخمر فاخذت

الخمر بنا وحضرت الصلاة فقدموني فقرأت قل يا أيها الكافرون لا أعبد ما تعبدون
ونحن نعبد ما تعبدون قال فأنزل الله عز وجل يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة
وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون **قوله** ما قاله بالإجماع إشارة إلى قوله وقالا هو
الذي يهذي ويختلط كلامه **قوله** والشافعي يعتبر ظهور أثره في مشيته وحركاته
وأطرافه وصاحب الهداية قلد في هذا الكلام فخر الإسلام البزدوي لأنه قال في
شرح الجامع الصغير قال الشافعي إذا ظهر أثره في مشيته وأطرافه وحركاته فهو
السكر ولنا فيه نظر لأن الشافعي يوجب الحد في شرب النبيذ المسكر جنسه وإن قل
وهو المذكور في كتبهم ولا يعتبر السكر أصلا **قوله** وهذا مما يتفاوت أي الذي قاله
الشافعي على تقدير صحة الرواية عنه مما يتفاوت لأنه كم من صاح يتمايل ويتلوى في مشيته
وكم من سكران يكون ثبت القدم فيكون أمرا لا ثبات له لما قاله **قوله** ولا يحد السكران
بإقراره على نفسه وهذه من مسائل الجامع الصغير اعلم أن السكران إذا أقر على نفسه بشيء
من الحد ولا يؤاخذ به إلا حد القذف بيانه أن السكران إذا أقر على نفسه بالحدود
الخالصة حقا لله تعالى نحو حد الزنا والشرب والسرقة لا يؤاخذ بما أقر ولا يحد لأن
كلامه هذيان يحتمل الكذب ومع احتمال الكذب لا يحد لأن الحدود تحتال لدرئها
لا لإثباتها إلا أنه يضمن المسروق لأنه حق العبد ولو أقر بحد فيه حق العبد كحد القذف
أو أقر بقصاص على نفسه أو بطلاق أو بعتاق فيصح إقراره إلا أنه يحد حد القذف إذا
صحا وهذا لأنه يؤاخذ بحقوق العباد وفي حد القذف حق العبد ولهذا لا يبطل بالتقادم
ولا يصح الرجوع بعد الإقرار ولا يقام بدون دعوى المقذوف **قوله** والسكران
فيه كالصاحي أي في حق العبد **قوله** كما في سائر تصرفاته الضمير راجع إلى السكران يعني
أن السكران يجعل في حق العبد وهو القذف كالصاحي كما يجعل كذلك في سائر تصرفاته
من الإقرار بالمال والطلاق والعتاق **قوله** ولو ارتد السكران لا تبين منه امرأته قال
الحاكم الشهيد في الكافي وردة السكران ليس بشيء استحسانا كذا ذكر في الشامل أيضا في
قسم المبسوط وذلك أن بعض الصحابة قرأ قل يا أيها الكافرون بخلاف ما أنزلت حالة
السكر قبل تحريم الخمر فلم يكن ذلك منه كفرا ولأن الكفر من باب الاعتقاد والسكران لا يعتقد
ما يقول لأن كلامه هذيان لا قرار له فلا يكون كافرا بدون الاعتقاد كالمكره على الكفر

باب حد القذف

قد ذكر وجه المناسبة في أول باب
حد الشرب **قوله** إذا قذف الرجل رجلا محصنا أو امرأة محصنة بصريح الزنا
وطالب المقذوف بالحد حده الحاكم ثمانين سوطا إن كان حرا وهذا لفظ القدوري في
مختصره وهذه المسألة تشتمل على قيود الأول وجوب الحد بقذف المحصن أو المحصنة
والأصل فيه ما قال في شرح الطحاوي أن من قذف أحدا بفعل يوجب الحد على المقذوف
لو ظهر ذلك منه فإذا لم يظهر ذلك بقول القاذف فيجب الحد ثمانون جلدة إذا كان حرا
وأربعون إذا كان عبدا سواء كان القاذف رجلا أو امرأة بعد أن يكون من أهل العقوبة
وإن لم يكن من أهل العقوبة فلا حد عليه كالصبي والمجنون ولو لم يكن الفعل موجبا
للحد على المقذوف لو ظهر ذلك فلا يجب الحد على القاذف ويجب التعزير وذلك لقوله
تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا

تقبل

تقبل لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون ولما روى صاحب السنن وغيره بإسناده
إلى ابن عباس أن هلال بن أمية قذف امرأته عند النبي عليه السلام بشريك بن سحماء فقال النبي
عليه السلام البينة أو حد في ظهرك وفي رواية وإلا فحد في ظهرك والثاني وجوب الحد بالقذف
بصريح الزنا بأن قال للمحصن يا زاني أو للمحصنة أو قال يا ولد الزنا أو يا ابن الزنا أو لست
لأبيك وأمه حرة مسلمة وذلك لأن المراد من الرمي في الآية القذف بالزنا لا بغيره بدلالة
أربعة شهداء لأنها تشترط في الزنا لا في غيره والثالث مطالبة المقذوف لأن الحد إنما يجب
على القاذف دفعا للشين الذي يلحقه بقذف القاذف فإذا لم يطالب المقذوف فقد ترك حقه
فلا يستوفي الحد جنبيه والرابع تقدير الحد بثمانين في الحر لأن ذلك منصوص في الآية والخامس
قيد الحرية لأن القاذف إذا كان عبدا يجلد أربعون وهو مذهب مالك والشافعي وأحمد
وذلك لقوله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب ولأن الرق منصف على ما
موبيانه في فصل كيفية الحد وإقامته وحدث مالك في الموطأ بإسناده إلى عبد الله
بن عامر بن ربيعة قال أدركت عمر بن الخطاب رضي الله عنه وعثمان بن عفان رضي الله عنه
والخلفاء هلم جرا ما رأيت أحدا جلد عبدا في فرية أكثر من أربعين وقد روي عن ابن
مسعود والأوزاعي أنه يجلد ثمانين وذلك ضعيف لقوله عليه السلام عليكم بسنتي
وسنة الخلفاء الراشدين من بعدي وقد عرفت أن سنة الخلفاء بخلاف ذلك والأخذ بها
أولى **قوله** أشار إليه أي إلى الرمي بالزنا **قوله** وإحصان المقذوف أي يشترط لما
تلونا إشارة إلى قوله تعالى والذين يرمون المحصنات **قوله** تفرق على أعضائه
أي قال القدوري في مختصره وإنما يفرق السوط على أعضائه ما خلا الوجه والرأس
والفرج لما مر في حد الزنا أن الجمع في عضو واحد قد يفضي إلى التلف **قوله** ولا يجرد من ثيابه
هذا لفظ القدوري أيضا أي لا يجرد القاذف عن ثيابه لأن سببه أي سبب الحد وهو
القذف غير مقطوع به لاحتمال كون القاذف صادقا في القذف في الواقع وإن كان عاجزا
عن إقامة البينة على ما قذف لاشتراط أمور في الشهادة على زنا المقذوف فلما تعذر على الشهود
تحقيق ذلك عند القاضي فلما كان في القذف احتمال الصدق لم يجرد ثيابه طلبا للتخفيف
في إقامة الحد وهو معنى قوله فلا يقام على الشدة بخلاف سائر الحدود فإن أسبابها مقطوع
بها لثبوتها بالبينة أو بالإقرار فيجرد الذي يقام عليه الحد إلا الإزار توقيا عن كشف العورة
فيقام على الشدة إلا شارب الخمر فإنه لا يجرد على ما وقع عليه اختيارنا لعدم ورود النص
بذلك وقد مر في بابه ثم إذا لم يجرد القاذف ينزع عنه الحشو والفرو حتى يحصل
المقصود من الحد وهو الزجر بإيصال الألم بالمحدود وهو معنى قوله لأن ذلك أي
الحشو والفرو يمنع إيصال الألم به أي بالمحدود **قوله** فإن كان القاذف عبدا جلد
أربعين سوطا وهذا أيضا من مسائل القدوري بيناه آنفا **قوله** والإحصان أن يكون
المقذوف حرا عاقلا بالغا مسلما عفيفا عن فعل الزنا هذا لفظ القدوري في مختصره اعلم
أن المقذوف إذا لم يكن محصنا لا يجب على قاذفه الحد وإنما يجب إذا كان محصنا وشرائط
إحصان القذف خمسة الحرية والعقل والبلوغ والإسلام والعفة عن فعل الزنا أما
اشتراط الحرية فلأن الله تعالى أراد بقوله فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب
الحرائر لا الإماء فدل على أن الرقيق ليس بمحصن وأما اشتراط العقل والبلوغ فلأن

حد القذف لدفع العار والشين عن المقذوف والمجنون والصبي لا يعير فعلهما زنا لرفع القلم
فلا عار يلحق اذن بسبب القذف بالزنا واما الاسلام فلما روي اصحابنا في كتبهم عن النبي عليه السلام من
اشرك بالله فليس بمحصن فلما لم يكن الكافر محصنا بحكم الحديث لم يحد قاذفه لان الله تعالى اوجب الحد
على قاذف المحصنات في قوله تعالى والذين يرمون المحصنات الاية واما اشتراط العفة عن فعل الزنا
فلان شرعية هذا الحد لدفع لحاق الشين ورفعه وغير العفيف لا يلحقه الشين بنسبته الى الزنا
فلا يحد قاذفه لان القاذف انما يحد على فريته لا على صدقه والقاذف هنا صادق فلا يحد قاذفه وفي
شرح الطحاوي واشترابطه خمسة وهو ان يكون حرا بالغا عاقلا مسلما عفيفا لم يكن وطي امراة
بالزنا ولا بالشبهة ولا بنكاح فاسد في عمره فان كان ذلك منه سقطت عدالته ولا حد على
قاذفه وكذلك لو حصل وطيه في غير الملك او وطي جارية مشتركة بينه وبين اخر سقطت
عدالته ولو وطيها في الملك الا انه محرم فانه ينظر ان كانت الحرمة موقتة فانه لا يسقط عدالته
كما اذا وطي امراة في حالة الحيض او اشترى امة مجوسية فوطيها لا يسقط احصانه وان كانت
الحرمة موبدة يسقط احصانه كما اذا وطي امته وهي اخته من الرضاعة ولو لمس امراة بشهوة او
نظر الى فرجها بشهوة ثم تزوج ابنتها ودخل بها او تزوج امها لم يسقط احصانه عند ابي حنيفة وعندهما
يسقط احصانه ولو وطي امراة بالنكاح ثم تزوج ابنتها ودخل بها سقط احصانه الى هنا لفظه
وانما لم يسقط احصانه حتى يحد قاذفه عند ابي حنيفة لان كثيرا من الفقهاء لا يجوزون هذا
ويعتقدون النكاح صحيحا **قوله** ومن نفى نسب غيره وقال لست لابيك فانه يحد هذا لفظ القدوري
في مختصره قال الحاكم في الكافي وان قال لرجل يا ولد الزنا او يا ابن الزنا فقد نسب امه الى الزنا
لان معناه امك زانية او زنت فولدت منها بالزنا وكذلك معنى قوله لست لابيك امك زانية او
زانية او زنت فولدتك بالزنا فلما كان هذا في الحقيقة قذفا للام يشترط ان يكون الام محصنة
فان كانت محصنة حد القاذف والا فلا وهذا معنى قوله هذا اذا كانت امه حرة مسلمة ولكن
ينبغي ان يقول اذا كانت امه محصنة حتى تشتمل على جميع شرايط الاحصان فان كانت الام ميتة
ثبت حق المطالبة لمن يثبتنا وله هذا القذف كالوالد وان علا والولد وان سفل فان قلت
ينبغي ان لا يجب الحد على القاذف بقوله لست لابيك لان هذا اللفظ مشتبه يجوز ان يراد
به لست لابيك لان امك وطئت بشبهة او نكاح فاسد ولا حد على من قذف من وطي بشبهة او نكاح
فاسد لانه يسقط احصان الواطي بذلك قلت
انما وجب الحد لان الامة اجمعت على صحة هذا القذف ووجوب الحد به لان الشتم انما يكون
في عادات الناس بنفي النسب بالزنا لا في غيره من الوطي بشبهة ونحوه فيثبت ان معنى قوله
لست لابيك امك زانية فيحد القاذف اذا كانت هي محصنة وهذا معنى قوله لان النسب انما ينفى
عن الزاني لا عن غيره يعني ان القاذف قصد قطع النسب في قوله لست لابيك والنسب ليس
بمقطوع في الوطي بشبهة او بنكاح فاسد بل النسب ثابت من الواطي ثم الواطي اعم من ان يكون
هو الاب او غيره فعلم انه ما اراد به الوطي بشبهة او بنكاح فاسد بل اراد به الزنا لان النسب
ينقطع عن الزاني لا عن غيره فكانه قال لست لابيك الذي ولدت من مايه حقيقة لانك
مقطوع النسب منه شرعا لانه زنى بامك ولا نسب الى الزاني لان الولد للفراش وللعاهر
الحجر فلما كان الواطي بامه الذي هو ابوه حقيقة لا شرعا زانيا كانت امه زانية بموجب
كلام القاذف فيكون قذفا للام فيحد ان كانت محصنة لكن يشترط ان يكون قوله لست لابيك

على سبيل الغضب والسباب وان كان من غير غضب فلا حد بدليل المسيلة التي تلي هذه وانما
استقصينا في حق المسيلة لان تعليل صاحب الهداية كان يحتاج الى اجرا التقبيل ولا يفهم عن
تعليل ثم انما قيد بقوله لست لابيك لانه اذا قال لست لامك لا يحد وبه صرح في التحفة
وذاك لانه صدق لان النسب الى الاباء لا الى الامهات **قوله** ومن قال لغيره في غضب
لست بابن فلان لابيه الذي يدعى له يحد ولو قال في غير غضب لا يحد والتقييد بالغضب
من خواص الجامع الصغير وفي بعض النسخ يدعى اليه اي ينسب اليه وهذا لما روي قبل
هذا عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه انه قال لا حد الا في قذف محصنة او نفي رجل
عن ابيه لكن في حالة الغضب والسباب يتعين القذف فيصير قاذفا لامه فيجب الحد وفي
غير حالة الغضب يحتمل ان يراد به المعاتبة والملامة اي لا يشبه اخلاقك اخلاق ابيك
وبالاحتمال لا يجب الحد لتمكن الشبهة **قوله** يراد به حقيقته اي يراد بقوله لست بابن
فلان حقيقته وهي نفيه عن ابيه سبا له اي شتما له **قوله** ولو قال لست بابن فلان يعني
جده لم يحد وهذه من مسايل الجامع الصغير المعادة اعلم انه نسبه الى جده او نفاه عنه
لا يحد اما في النسبة اليه فلان الجد يسمى ابا مجازا واما في النفي عنه فلانه صادق في مقالته
لانه ليس بابيه على الحقيقة ونافي المجاز يصدق ولا حد على الصدق **قوله** ولو قال
له يا ابن الزانية وامه ميتة محصنة فطالب الابن بحده حد القاذف وهذه مسيلة
القدوري وانما قيد بكون الام محصنة لان الحد لا يجب على قاذف غير المحصن
لان الله تعالى شرط الاحصان في الاية ثم الاحصان يثبت باقرار القاذف او بالبينة والبينة
رجلان او رجل وامراتان عندنا خلافا لزفر فانه يشترط رجلين وقد مر بيانه قبل باب
حد الشرب فان انكر القاذف وعجز المقذوف عن البينة لا يستحلف القاذف فالقول قوله
لان الظاهر يصلح للدفع لا للاستحقاق فلا يثبت احصانها بالظاهر وانما كان المطالبة
بالحد الى الابن لان القذف بعد الموت الحق الشين بالابن فكان حق المطالبة اليه لدفع
العار عن نفسه **قوله** ولا يطالب بحد القذف للميت الا من يقع القدح في نسبه بقذفه وهو
الوالد والولد وهذه مسيلة القدوري وفي الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
رضي الله عنه في الرجل يقذف الرجل وهو ميت قال لا ياخذ بالحد الا الوالد والولد قال
الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير يعني الوالد والجد وان علا والولد وولد الولد
وان سفل وذلك لان الجد يسمى ابا وولد الولد يسمى ابنا وليس للاخ والاخت والعم ان
ياخذوا بالحد وعند الشافعي يثبت المطالبة لكل وارث لان حد القذف للميت بطريق
الارث عنه ويجي بعد هذا عن قريب ان شا الله وعندنا يثبت حق المطالبة لمن يقع
القدح في نسبه بطريق الاصالة لانه هو المقذوف لا بطريق الارث لان حد القذف
لدفع العار والعار انما يتصل بالحي بقذف الميت اذا كان بينهما جزئية كالوالد والولد
والا فلا ولهذا صار الولد والوالد بمنزلة شي واحد حتى لا يجوز شهادة احدهما على
الاخر بخلاف شهادة الاخ للاخت وبالعكس فانها جايزة ولهذا اقتصر حرمة المصاهرة
على قرابة الولادة دون ساير الاقارب فلما كان حق المطالبة بطريق الاصالة لقرابة
الولاد كان الوارث وغير الوارث سوا وكذا الاقرب والابعد سوا الا انه في ما قال
في شرح الطحاوي ولو قذف ميتا وجب الحد على القاذف وللوالدين والمولودين ان يخاصموا

سوا كان الولد او الوالد وارثا او لم يكن ولا يعتبر في ذلك الاقرب فالاقرب والابعد
سوا في ذلك وان عفا بعضهم فللباقين ان يخاصموا لان النقيصة تلحق بهم قال وما وجب
الحق وجب لهم الا اذا كان القاذف هو الوالد فقذف امرأته وهي ميتة فليس للولد
ان يخاصم اباه ولا للعبد ان يخاصم مولاه وقال في الفتاوى الولوالجي يجوز للابعد من
الولد ان يطالبه مع قيام الاقرب فيكون لابن الابن ان يطالبه وان كان ابوه حيا لان
القذف يتناول الكل معنى فصاروا سوا وعند ابن ابي ليلى يأخذ الاخ والاخت ايضا بالحد
كذا قاله الحاكم وقال ايضا فان كان المقذوف حيا غائبا لم يكن لاحد من هولاء ان يأخذوا بالحد
وقال ابن ابي ليلى الغائب بمنزلة الميت فان مات قبل ان يرجع لم يأخذوا به ايضا وان رجع ه
فقدمه الى الحاكم وضرب القاذف بعض الحد ثم غاب لم يتم الا وهو حاضر الى هنا لفظ
الحاكم وانما لم يتم الا وهو حاضر لان المطالبة شرط في كله قوله يقع القدح اي الطعن
قوله لان العار يلتحق به اي بكل واحد من الولد والوالد قوله ميتا ولا له اي لكل واحد
من الوالد والولد قوله على ما بينا اي عند قوله ومن قذف غيره ومات المقذوف بطل
الحد وقال الشافعي لا يبطل قوله لما ذكرنا اشارة الى قوله لان العار يلتحق به قوله
ولهذا يثبت عندنا للمحروم عن الميراث بالقتل اشارة الى قوله وليس بطريق الارث ايضا
حالة اي لهذا المعنى الذي قلنا وهو ان ولاية المطالبة بالحد لا بطريق الارث تثبت المطالبة
بالحد لمن حرم الميراث بقتله وكذا يثبت المطالبة في ظاهر الرواية لولد البنت وان لم يكن
وارثا لانه من ذوي الارحام كما يثبت لولد الابن وروي عن محمد في غير ظاهر الرواية كذا
في شرح الطحاوي والمختلف انه ليس لولد البنت حق المطالبة لانه من قوم اخرين وكذا
يثبت المطالبة لابن الابن مع وجود الابن عندنا خلافا لزفر حتى اذا عفا الابن لا يسقط
حق ابن الابن وهذه المسائل الثلاثة اوردها ايضا والمعنى في الكل واحد وهو ان ثبوت
المطالبة لدفع العار عمن يتصل به العار بسبب الجزئية بطريق الاصالة لا بطريق الارث
قوله واذا كان المقذوف محصنا جاز لابنه الكافر والعبد ان يطالب بالحد وهذا لفظ
القدوري وهذا اذا كان المقذوف ميتا لانه اذا كان حيا ليس للابن ان يطالب بالحد
وان كان المقذوف غائبا وانما لم يقيده القدوري بالميت لانه ساق كلامه في قذف الميت
قبل هذا حيث ذكر ولا يطالب بحد القذف للميت الا من يقع القدح في نسبه ثم اعلم ان الولد
الكافر او المملوك له ان يطالب بالحد كما اذا قذف امرأة ميتة مسلمة لها ابن نصراني او مملوك
وقال زفر ليس له ان يطالب بالحد لان القذف يتناول الابن من حيث المعنى لانه لحقه العار
من قذف الميت فلو تناول القذف الابن صورة ومعنى بان قذفه انسان بالزنا ابتداء لا يجب
الحد لعدم الاحصان لكفره او رقه فكذا هنا ولنا ان القذف انما يوجب الحد اذا كان
قذف المحصن او المحصنة وقد وجد الشرط فيجب الحد ولا خلل في المطالبة لان ولاية
المطالبة بوقوع القدح في النسب وبالكفر لا ينقطع النسب بخلاف ما قاس عليه لان
ثمه لم يوجد شرط وجوب الحد لعدم الاحصان فيفسد القياس ولهذا قال في شرح
الطحاوي لو كانت المقذوفة امرأة نصرانية او مملوكة ولها ولد حر مسلم لم يكن له ان يطالب
الحد لانه ما قذف المحصنة قوله ولنا انه عيره اي القاذف عير الابن الكافر والمملوك
وهو بالعين المهملة يقال عيره اذا رماه بالعار قوله وليس للعبد ان يطالب مولاه ه

بقذف

بقذف امه الحرة هذا لفظ القدوري صورته قذف عبد وللعبد ام ميتة محصنة وذلك لان
المولى لا يواخذ بعبده في سائر الحقوق ولهذا اذا قتله لا يقتل به فكذا لا يحد بعبده وعلى
هذا قالوا ليس للولد المطالبة بالحد اذا كان القاذف اباه او جده وان علا او امه او جدته
وان علت كذا قال الشيخ ابو نصر يؤيده ما روي عن النبي عليه السلام لا يقاد والد بولده ولا
سيد بعبده وكذلك ان قذف نفس الولد احد من المذكورين لا يجب الحد لان الولد مامور
بتعظيم الابوين وممنوع عن اضرارهما ولهذا نهي عن التأفيف والضرر في الحد اكثر من ضرر
التأفيف فيمنع عنه كما منع عن التأفيف قوله ولو كان لها ابن من غيره له ان يطالب اي
من غير القاذف صورته ما قال الحاكم في الكافي رجل قال لابنه يا ابن الزانية وامه ميتة
ولها ابن من غيره فله ان يطالب بالحد قال يضرب القاذف الحد ووجه ذلك ان سبب وجوب
الحد هو القذف وقد تحقق لكن المانع عن اقامة الحد في حق الابن ولم يوجد المانع في حق
اخيه وهو الابوة فيجب الحد اذا طالبه وقال في الكافي ايضا وكذلك ان كان للميت المقذوف
ابنان فقذفه احدهما كان للاخر ان يأخذه بالحد وعلل في الشامل لان بالقذف خرج
من كونه سببا في حقه فبقي سببا في حق الباقي وقال في الكافي ايضا وان لم يكن للمقذوف الا ابن
واحد فقذفه في القذف ثم اراد ان يأخذه ليس له ذلك وقال ايضا وان كان له ابنان
احدهما عبد او كافر كان للعبد او للكافر ان يطالب بالحد حيا كان الاخر او غائبا قوله
ومن قذف غيره ومات المقذوف بطل الحد وهذه من مسائل الجامع الصغير وعند ه
الشافعي لا يبطل الحد بموت المقذوف وعلى هذا الخلاف اذا مات المقذوف بعد ما اقيم عليه
بعض الحد وذلك لان الارث انما يكون في المال او فيما يتصل بالمال كالكفالة او فيما ينقلب الى
المال كالقصاص والحد ليس بمال ولا يتصل بالمال ولا ينقلب الى المال فلا يجري فيه ه
الارث ويبطل بالموت بخلاف ما اذا قذف الميت بعد الموت حيث يطالب بالحد لانه يجب
الحق للوارث ابتداء بطريق الاصالة لا بطريق الارث وشرح المسئلة ان يقال ان في حد القذف
حق الله تعالى وحق العبد بالاتفاق فمن حيث انه يقع نفعه عاما باخلاء العالم عن الفساد
حق الله تعالى لانه ليس ثمه ادمي يختص به ومن حيث ان فيه صيانة العرض ودفع
العار عن المقذوف حق العبد ثم حق العبد ثم حق الله تعالى لا يجري فيه الارث ويجري
فيه التداخل ولا يسقط باسقاط العبد وحق العبد يجري فيه الارث ولا يجري فيه
التداخل ويسقط بالاسقاط ثم ان الشافعي قال المغلب حق العبد فيجري فيه الارث
ولا يتداخل بقذف الجماعة بكلمة واحدة او بقذف واحد مرارا ويسقط بالعفو والاسقاط
وعندنا لا يورث ويتداخل ولا يصح العفو لان حد القذف لما كان فيه حقان فلابد من ه
تغليب حق العبد لان العبد محتاج والله غني عن عبادته حق العبد صار اولى لدفع حاجته
ولنا ان المغلب فيه حق الله تعالى لان اخلاء العالم عن الفساد حق الله تعالى وليس فيه
حق العبد وصيانة العرض حق العبد وفيها حق الله تعالى ايضا لان في النفس حقين ه
حق الاستعباد لله تعالى وحق الاستمتاع للعبد فاذا كان كذلك كان حق الله تعالى في حد
القذف من جهتين وحق العبد من جهة فيكون المغلب فيه حق الله تعالى والمرجوح في
مقابلة الراجح كالعدم ولان ما للعبد للمولى وما للمولى لا يكون للعبد الا ما يثبت به المولى
فدل ان المغلب حق الله تعالى ومما يدل على ان الغالب حق الله تعالى ان حد القذف

يتنصف بالرق بالاتفاق كحد الزنا يتنصف بالرق فلو كان المغلب حق العبد لم يتنصف لان
حقوق العباد شرعت للجبر ولنفع العباد فلا تختلف باختلاف من يجب عليه كالضمانات
وغيرها فلما كان المغلب فيه حق الله تعالى لم يورث ولم يصح العفو ويتداخل فان قيل
يرد عليكم خصومة العبد قلنا لا نسلم لانا
نقول سلمنا انها شرط في اقامة الحد لكن لا نسلم انها تدل على ان حق العبد غالب فان قيل
يرد عليكم التقادم فان حد القذف لا يسقط به وحد الزنا يسقط قلنا
انما سقط حد الزنا بالتقادم للتهمة وهي منعدمة هنا لتوقف الشهادة على دعوى المقذوف
فان قيل اذا صدقه المقذوف يسقط قلنا
لا نسلم انه يسقط بعد الوجوب لانه لا يبقى القذف حينئذ موجبا للحد وليس كذلك العفو
فانه اسقاط بعد الوجوب فان قيل يرد عليكم القصاص
فان فيه حق الله تعالى لان فيه اخلاء العالم عن الفساد وحق العبد لتشفي الصدور به ومع
هذا يصح عفو الولي قلنا القصاص يجوز ان ينقلب
مالا بالصلح او بحرمة الابوة والحد لا ينقلب مالا اصلا فظهر الفرق فان قيل
ما ذكرتم تعليل في مقابلة النص وهو فاسد لانه تعالى قال والذين يرمون المحصنات الاية
ولم يفصل بين ما اذا مات المقذوف او لم يمت قلنا
خصومة المقذوف شرط بالاجماع فتعذرت بعد الموت فان قيل
يتوب وارثه منابه بطريق الارث قلنا الارث انما يصح
في المال او في معناه لا في غيره والحد ليس في معنى المال ولهذا لا يكون حيا به وعلمه وقدرته
وسائر صفاته موروثة ويكفيك هذا القدر ان كنت عاقلا ستبدي لك الايام ما كنت
جاهلا قوله ولو مات اي المقذوف قوله يورث اي حد القذف عنده اي عند الشافعي
قوله ولا خلاف ان فيه اي حد القذف مال قوله مال الى تغليب حق العبد قال ابن
دريد يقال غلب الرجل على فلان اذا حكم له بالغلب قوله لا يصح عفو المقذوف عندنا
قال في الشامل في قسم المبسوط لا يصح عفو المقذوف الا ان يقول لم يقذفني او كذب شهودي
لانه حق الله تعالى الا ان خصومته شرط ثم قال وعند ابي يوسف والشافعي يصح العفو
قوله ومن اصحابنا من قال ان الغالب حق العبد اراد به صدر الاسلام البزدوي فانه
ذكر في مبسوطه ان المغلب فيه حق العبد وهو محجوج بما حققناه انفا بعونه تعالى قال
ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي اطلق محمد في بعض المواضع ان حد القذف
من حقوق الناس واطلق في بعضها انه من حقوق الله تعالى قال والعبارتان صحيحتان
اما قوله فانه من حقوق الناس فانما اراد ان المطالبة به من حقه لما لحقه من الشين بقذفه
وتناوله من عرضه ولو لم يطالب لم يحد وقوله انه من حقوق الله تعالى اراد به نفس
الحد لا المطالبة به اذ ليس يمتنع ان يكون الحق لواحد والمطالبة به لاخر كالوكيل
بالبيع يطالب وملكه الثمن للامر وكذلك المشتري اذا كان وكيلا فان قبض العبد اليه
والملك للامر قوله والاول اظهر اي كون حق الله تعالى مغلبا اظهر من كون حق
العبد مغلبا وعلى الاول عامة المشايخ قوله ومن اقر بالقذف ثم رجع لم يقبل رجوعه
وهذه مسئلة القدوري اعلم ان الرجوع بعد الاقرار في الحدود الخالصة حقا لله تعالى

كحد الزنا والشرب والسرقة يصح لعدم المكذب اما في حد القذف وفيه الحقان لا يصح الرجوع
بعد الاقرار لوجود المكذب وهو العبد ولانه حين اقر الحق الشين بغيره ثم اذا رجع يكون ذلك
ابطالا واسقاطا لحق الغير فلا يقبل قوله ومن قال لعربي يا نبطي او لست بعربي فلا حد عليه
الانري انه لو قال يا رستاقي لم يكن عليه شيء وقال ابن ابي ليلى اذا قال لعربي يا نبطي او قال لست من بني
فلان لقبيلته التي هو منها فعليه الحد الى هنا لفظه وجه قوله انه نسبه الى غير ابيه فصار كما
اذا قال لست لابيك ولنا ان القذف ليس يراد في العرف بهذا اللفظ وانما يراد به التشبيه
في الاخلاق من حيث الخساسة والبخل او في عدم الفصاحة فكانه قال انت من حيث البخل كانك
نبطي او من حيث عدم الفصاحة انت مثل النبطي فصار كما اذا قال يا رستاقي قال في شرح الطحاوي
ومن قال لعربي يا نبطي يا عجمي لم يحد لانه لم يقذفه وانما نسبه الى غير بلده كما اذا قال للبلدي
يا رستاقي قال في ديوان الادب النبط قوم ينزلون سواد العراق قال الفرزدق في هجو طي
هم نبط من اهل حوران نصفهم ❁ ومن اهل عين التمر كانت شطورها ❁
وفسر الفقيه ابو الليث النبطي برجل من غير العرب في كتاب العتاق من شرح الجامع الصغير
وذكر عبد الله بن احمد المالقي في تفسير المقالة الثالثة من كتاب ديسقوريدوس وبلاد
الجرامقة هي بلاد النبط وهي بلاد الرها والموصل والجزيرة فيما وصف بعض المورخين
الى هنا لفظه قوله ومن قال لرجل يا ابن ماء السماء فليس بقاذف وهذا اللفظ القدوري
في مختصره قال الحاكم الشهيد في الكافي وان قال له يا ابن مزيقيا او يا ابن ماء السماء او يا ابن
جلا فلا حد عليه لانه كلام الناس وليس على سبيل القذف هذا لفظه يعني ان الناس يذكرون
هذه الالفاظ على سبيل المدح لا على سبيل السب فلا يحد اما مزيقيا فهو من ملوك غسان واسمه
عمرو بن عامر وهو ماء السماء ابن حارثة الغطريف بن امرء القيس بن ثعلبة بن مازن بن الازد وقد
خرج مزيقيا من اليمن حين احسوا بسيل العرم وانما سمي عمرو مزيقيا لانه كان يمزق كل يوم حلتين
يلبسهما ويكره ان يعود فيهما ويكره ان يلبسهما غيره واما عامر وهو ابو مزيقيا فانما سمي ماء السماء لانه في
القحط اقام ماله مقام القطر وكان غياثا لقومه مثل ماء السماء للارض وكانت ام المنذر بن امرء
القيس ايضا تسمى ماء السماء لجمالها وحسنها وابوها عوف بن جشم وجفنة بن مزيقيا هو الذي
ذكره حسان في قوله اولاد جفنة حول قبر ابيهم قبر ابن مارية الكريم المفضل يسقون
من ورد البريص عليهم بردى يصفق بالرحيق السلسل وجفنة هو ثعلبة العنقاء وسمي
العنقاء لطول عنقه ومارية بنت ظالم بن وهب بن الحارث بن معاوية بن ثور بن كندة وهي
التي يضرب لها المثل ويقال خذها ولو بقرطي مارية وكان يقوم قرطاها باربعين الف
دينار وكانت اعظم الناس قدرا واكثر الناس مالا وكان اعظم ما في الكعبة من الجوهر والدر
الذي كان لها كذا قال ابو عمرو والشيباني وابن الكلبي والمبرد والقتبي دخل كلام بعضهم في بعض
والبريص موضع بدمشق وليس بالعربي الصحيح وقد تكلمت به العرب كذا قاله ابن دريد
وبردى نهر دمشق يصفق يمزج والسلسل العذب السهل الدخول في الحلق قال ابن الكلبي
غسان اسم ماء وردوه لما تفرقوا لمخافة سيل العرم فمن شرب من ذلك الماء نسب الى غسان
ومن لم يشرب منه لم ينسب الى غسان وقال حسان بن ثابت اما سالت فانا معشر نجب الازد
نسبتنا والماء غسان واما ابن جلا فقد قال سيبويه جلا ههنا فعل ماض كانه يعني انا ابن الذي
جلا اي اوضح وكشف يعني انا المشهور المكشوف الامر ظاهرا لا اخفى قال سحيم انا ابن جلا وطلاع الثنايا

مني اصح العامة تعرفوني وقال الفلاح انا الفلاح بن خباب بن جلا بن خنا نمرا قود الجملا وخنا ابو
دوابي وخنا سيد ايضاً **قوله** وان نسبه الى عمه او الى خاله او الى زوج امه فليس بقاذف
هذا لفظ القدوري في مختصره اعلم انه اذا قال لاخر انت ابن فلان واراد بفلان عمه او
خاله او زوج امه لا يكون قذفا ولا يحد لان كل واحد منهم يسمى ابا اما العم فلان الله تعالى
قال ام كنتم شهدا اذ حضر يعقوب الموت اذ قال لبنيه ما تعبدون من بعدي قالوا نعبد
الهك واله ابائك ابراهيم واسماعيل واسحاق وكان اسماعيل عما ليعقوب بن اسحاق عليهم
السلام وقد سماه الله ابا واما الخال فلقوله تعالى ورفع ابويه على العرش قال في الكشاف
قيل هما ابوه وخالته ماتت امه فتزوجها فلما جاز ان تسمى الخالة اما جاز ان يسمى الخال ابا
وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير روي في بعض الاخبار ان الخال والد واما
زوج الام فلقوله تعالى ان ابني من اهلي جاء في احد التفاسير في الكشاف انه كان ربيبا
له ولان زوج الام يقوم عليه بالتربية قيام الاب فجاز ان يسمى ابا مجازا فلما صح اطلاق
اسم الاب على كل واحد منهم لم يجب الحد بالنسبة اليهم **قوله** اما الاول اراد به العم
قوله عماله اي ليعقوب عليه السلام **قوله** والثاني اي الخال والثالث اي زوج
الام **قوله** ومن قال لغيره زنات في الجبل وقال عنيت صعود الجبل حد وهذه
من مسايل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل قال
لرجل زنات في الجبل ثم قال عنيت الصعود على الجبل قال يحد وقال محمد لا يحد له ان
الزنا بالهمز للصعود حقيقة وقد اراد حقيقة كلامه فيصدق ولا يحد قال في الجمهرة
وغيرها زنا في الجبل بالهمز يزنا زنا اي صعد وجاز ان يزنا ايضا بمعنى صعد تقفقه
ما جاء في شعر العرب وارق الى الخيرات زنا في الجبل واحتج لهذا البيت جميع اهل اللغة
في كتبهم وسيجي شرح البيت بعد فراغنا من بيان المسئلة ولابي حنيفة وابي يوسف رضي الله
عنهما ان الزنا بالهمز حقيقته في الصعود ولكن يجوز ان يستعمل في ارادة الفاحشة مهموزه
ايضا لانه يجوز في لغة العرب ابدال الهمزة من اليا كما في قولهم قطع الله اديه اي يديه
فيجوز على هذا ان يكون زنات في الجبل مهموزا مستعملا من زنيت باليا وحالة الغضب والسباب
تعين ذلك فصار كما اذا قال يا زاني بالهمز او اكتفى على قوله زنات بدون قوله في الجبل حيث
يجب الحد قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير قوله في الجبل لا يحتمل الصعود
لا يقال زنا فيه وانما يقال زنا عليه كما قال الشاعر لا يم ان الحارث بن جبلة زنا على ابيه ثم قتله
فاقول لا نسلم انه لا يقال زنا فيه بل ما قال فخر الاسلام عكس اللغة فلا يسمع لان زنا بالهمز لم يجي
في قوانين اللغة الا بلفظ في لا بلفظ على كما في قوله زنا في الجبل اما قوله زنا على ابيه فليس مما نحن
فيه لان ما نحن فيه المهموز من الثلاثي وما احتج به ليس بمهموز من مزيد الثلاثي من باب
التفعيل بمعنى زنا على ابيه اي ضيق عليه والبيت مشهور في اصلاح المنطق وما بعد البيت وركب
الشادخة المحجلة وكان في جاره لا عهد له فاي امر سيي لا فعله والابيات لابن العيف اخي بني
سلمة يهجو بها الحارث بن جبلة الغساني والشادخة الفعلة القبيحة التي تشدخ فاعلها يريد انه
ركب امرا واضحا في القبح والمحجلة المشهورة التي لا خفا بها ولا من جارنا انه على نفوسهن منه ثم
نرجع الى بيان قوله وارق الى الخيرات قال ابن السكيت قالت امراة من العرب ترقص ابنا لها اشبه ابا
امك او اشبه عمل ولا تكونن لهلوف وكل يصبح عمله قد اعجدل وارق الى الخيرات زنا في الجبل قال

بلغ

في كتاب الذبيح شرح الاصلاح الابيات ملبح لا سماه واغابح لرجل راي ابا له ترقصه امه
فاخذه من يدها وقال اشبه ابا امك تخاطب ابنه وكان ابو امه شديدا سيدا يقول اشبه ابا
امك او اشبه عمل اي كن مثل ابي امك او مثلي ولا تجاوز زنا في الشبه الى غيرنا وحذف الالف
من عمل للضرورة وهذا الرجل قيس بن عاصم المنقري وامر ذلك الصبي منفوسة بنت زيد
الفوارس بن ضرار الضبي فاخذته امه بعد ذلك فجعلت ترقصه وتقول اشبه اخي او
اشبهن اباكا فاما ابي فلن تنال ذاك تقصر عن شأنه يداكا والهلوف الثقيل الجافي الذي لا خير
فيه والوكل الذي يتكل على غيره فيما يحتاج اليه والعجدل بالدال المهملة المنكب على الارض يريد
انه لا يستيقظ حين يصبح وقوله وارق الى الخيرات تقول بادر الى فعل الخيرات لترتفع بذلك
وتذكر كما يزنا المرتقي في الجبل **قوله** وذكر الجبل يقرره مرادا اي يقرر الصعود مرادا
من قوله زنات في الجبل ولقائل ان يقول لا نسلم لان الزنا الذي هو الفاحشة وقد يقع في الجبل
ايضا **قوله** من لهمز الملين كما حكي بازوشيمه بالهمزة في باز وشيمة بالالف والياء والابدال
باب في التصريف يعرف الباقي ثمه فاذا كان ابدال الهمزة جايزا من الياء جاز ان يكون المراد من
زنات في الجبل بالهمز زنيت بالياء **قوله** وذكر الجبل انما يعين الصعود مرادا اذا كان
مقرونا بكلمة على اذ هو المستعمل فيه اي المعروف بكلمة على هو المستعمل في الصعود وهذا
وقع جوابا لما قاله محمد في قوله وذكر الجبل يقرره مرادا فقال ذكر الجبل انما يعين الصعود
مرادا اذا كان زنات مقرونا بكلمة على لا بكلمة في لان المستعمل في معنى الصعود ان يقال
زنا عليه لا زنا فيه هذا هو حاصل كلامه وهذا عكس ما ثبت في قوانين اللغة لانه
لم يسمع في معنى الصعود زنا عليه اصلا بل يقال زنا فيه وقد مر قبيل هذا ولا نسلم
ايضا تعين الصعود مرادا بقرينة كلمة على لجواز ارادة الفاحشة ايضا لانه يصح ان يقع
فعل الفاحشة فوق الجبل او التل او السطح فيقال زنيت على الجبل او زنيت على التل او
على السطح ثم يبدل الهمزة من الياء فلو صح استعمال زنا عليه لجاز ارادته من زنا فيه لان في
تجي بمعنى على كما في قوله تعالى ولاصلبنكم في جذوع النخل **قوله** ولو قال زنات على الجبل
قيل لا يحد يعني اختلف المشايخ في قوله زنات على الجبل قال بعضهم لا يحد لتعين الصعود
مرادا بدلالة على وهو المراد بقوله لما قلنا وقال بعضهم يحد لان حالة الغضب والسباب
تعين الفاحشة مرادا وهو المراد بقوله للمعنى الذي ذكرناه وفي بعض النسخ للمعين الذي
ذكرناه على صيغة اسم الفاعل من التعيين اي لتعين المراد وكلاهما جايز والمذهب عندي
ان كان يخرج هذا الكلام على وجه الغضب والسباب يجب الحد لدلالة الحال على ذلك اذ لا يكون
صعود الجبل سبا والا فلا للاحتمال والحد لا يجب بالاحتمال **قوله** ومن قال لاخر يا زاني
فقال لا بل انت فانهما يحدان وهذه من مسايل الجامع المعادة وذلك لان كل واحد منهما قذف
صاحبه وهو محصن اما قذف الاول فظاهر لانه صرح بالزنا وكذا قذف الثاني لان كلمة بل من
الحروف العاطفة موضوعة للاضراب عن الاول والاثبات للثاني فيكون المذكور في الاول
خبرا لما بعد بل كما اذا قلت جاني زيد بل عمرو وكان يفيد بل جاني عمرو فكذا هنا يكون معناه
بل انت زان فيكون كل واحد منهما قاذفا فيجب عليه الحد كان قلت ــــــــ النصرح
بالزنا او النفي عن الاب شرط في ايجاب الحد ولم يوجد التصريح من الثاني لانه احتج كلامه مخرج
الكناية فكيف وجب عليه الحد قلت ــــــــ لا نسلم انه لم يوجد التصريح

اذ بفهم الزنا في اول الوهلة اذا قال بل انت في جواب قوله يا زاني كما اذا صرح به لان الجواب
يتضمن اعادة ما في السؤال فيصير مثل المصرح سوا قال قلت
اذا كان كل واحد منهما قاذفا لصاحبه ينبغي ان يكون قصاصا فلا يجب الحد قلت
في حد القذف حق الله تعالى وهو الاغلب فاذا جعل احد الحدين قصاصا يلزم اسقاط حق
الله تعالى فلا يجوز ذلك ولهذا لم يجز عفو المقذوف قال صاحب الهداية في التعليل لان
معناه لا بل انت زان اذ هي كلمة عطف يستدرك بها الغلط فيصير الخبر المذكور في الاول
مذكورا فيه اي في قوله بل انت واراد بقوله في الاول قوله يا زاني وفيه نظر لان المذكور
في مثل قوله يا زاني في مقام النداء لا يسمى خبرا فلو قال فيصير المذكور في الاول خبرا فيه
كان اولى وقال بعضهم في شرحه في بيان قوله فيصير الخبر المذكور في الاول اي الجزء المذكور
في الاول وهذا اشنع وابشع لان احدا لم يسم المنادى جزءا **قوله** ومن قال لامرأته
يا زانية فقالت لا بل انت حدت المرأة ولا لعان وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة
وذلك لان قذف الرجل امرأته يوجب اللعان وقذف المرأة زوجها يوجب الحد وقد
اجتمعا جميعا فلا بد من البداية باحدهما فيبدأ بحد المرأة درءا للحد لان اللعان قائم مقام
حد القذف في حق الرجل ومقام حد الزنا في حق المرأة فيسقط جنبيه بانه اذا بدأنا باللعان
لا يسقط الحد عن المرأة لان الرجل لا يخرج باللعان عن ان يكون عفيفا عن فعل الزنا واذا
بدأنا بحد المرأة يسقط اللعان لان اللعان شهادة وقد بطلت شهادة المرأة بحدها لقوله
تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا فيبدأ بحد المرأة درءا للعان الذي قام مقام الحدين ونظير
هذا ما ذكره في شرح الطحاوي فيمن قال لامرأته يا زانية بنت الزانية فخاصمت الام اولا
فحد الرجل سقط اللعان لانه بطلت شهادة الرجل ولو خاصمت المرأة اولا فلاعن القاضي
بينهما ثم خاصمت الام فحد الرجل حد القذف **قوله** ولا ابطال في عكسه يعني اذا قدم
اللعان لا يبطل حد القذف عن المرأة وقد بيناه الدرء اي لدرء اللعان **قوله** واذا
قال زنيت بك فلا حد ولا لعان وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة يعني قالت المرأة له
زنيت بك في جواب قول الرجل يا زانية ولم يذكر صاحب الهداية القياس والاستحسان
كما لم يذكروا في اكثر نسخ شروح الجامع الصغير والفقيه ابو الليث ذكرهما في شرحه وقال
الحاكم الشهيد في باب اللعان من مختصر الكافي وان قال لها يا زانية فقالت زنيت بك لم يكن
بينهما حد ولا لعان استحسانا وكان القياس ان يلاعنها لان هذا ليس بتصديق منها لانه
المرأة لا تزني بزوجها الى هنا لفظه وجه الاستحسان ان الشك وقع في وجوب كل واحد
من الحد واللعان فلا يجب بالشك لان المراد من قولها زنيت بك لا يخلو اما ان تكون قبل
النكاح او بعده فان كان قبل النكاح يجب الحد على المرأة ويبطل اللعان اما وجوب الحد على
المرأة فلانها قذفت الرجل بالزنا بقولها زنيت بك واما بطلان اللعان فلانها لما صدقت
الرجل باقرارها بالزنا بطل احصانها فلم يجب الحد على قاذفها واللعان قائم مقام حد
القذف في حق الرجل وان كان بعد النكاح على معنى ان زناي هو الذي وجد مني من المجامعة
معك بعد النكاح حيث لم يقربني احد غيرك ومثل هذا متعارف بين الناس اي في مثل
هذه الحالة فلا يجب الحد على المرأة لانها ما قذفت الرجل لان الزنا مع الزوج لا يتصور
بعد النكاح ويجب اللعان لان الزوج قذف امرأته المحصنة ففي حال وجب الحد ولم

يجب اللعان وفي حال وجب اللعان ولم يجب الحد فقد وقع الشك في كل واحد فلم يجب بالشك
لا هذا ولا ذاك **قوله** لوقوع الشك دليل قوله فلا حد ولا لعان منهما اي من الحد
واللعان **قوله** فيجب الحد دون اللعان اي حد القذف على المرأة **قوله** لتصديقها
اياه اي لتصديق المرأة زوجها **قوله** وانعدامه منه اي ولانعدام التصديق من
الزوج **قوله** زناي ما كان معك الخطاب للزوج اي زناي هو الذي وجد معك يعني
ان كان الزنا موجودا مني فذاك الفعل الذي وجد مني معك بعد النكاح والا فلا **قوله**
في مثل هذه الحالة اي في حالة سب الرجل لامرأته بالزنا **قوله** منه اي من الزوج
وعدمه اي وعدم القذف منها اي من المرأة **قوله** لما قال اشارة الى قوله لا حد
ولا لعان **قوله** ومن اقر بولد ثم نفاه فانه يلاعن وهذه من مسائل الجامع الصغير
المعادة وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل له امرأة جاءت بولد فقال
ليس هو بابني ثم قال هو ابني قال يضرب الحد وان قال هو ابني ثم قال ليس بابني قال يلاعن
والولد ولده اعلم انه اذا نفى ولده بان قال ليس هو بابني يكون قاذفا لامه ويجب اللعان
لان معناه ان امه زنت فولدته من الزنا وكل قذف يوجب الحد في قذف الاجنبي يوجب
اللعان في قذف الزوج ثم بعد النفي اذا اقر وقال هو ابني بطل اللعان فوجب عليه حد القذف
لان الاصل في قذف المحصنات هو القذف لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم
يأتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة لكن اللعان شرع عند تكاذب الزوجين فاذا
اكذب الزوج نفسه لم يبق التكاذب فيصير الى الاصل الذي هو الحد والدليل على انه
هو الاصل ما روي في حديث هلال بن امية انه قال حين اتى رسول الله صلى الله عليه
وسلم لو ان رجلا وجد مع امرأته رجلا فتكلم به جلدتموه او قتل قتلتموه او سكت سكت
على غيظ فقال عليه السلام اللهم افتح وجعل يدعو فنزلت اية اللعان والذين يرمون
ازواجهم ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم الاية فعلم بهذا ان حكم الجلد كان ثابتا قبل حكم
اللعان اما اذا قال هو ابني ثم قال ليس هو بابني وجب اللعان لانه لم يوجد هنا اكذاب النفس
ولا يقال ان المقصود كان نفي الولد ولا ينتفي الولد لاقراره السابق فينبغي ان لا يجري اللعان
لانا نقول ليس من ضرورة اللعان قطع النسب ولهذا يوجد اللعان بلا قطع النسب بان
قال لامرأته يا زانية وليس ثمة قطع النسب والولد ولده في الوجهين سواء تقدم الاقرار
او النفي لان النسب لازم على الزوج باقراره على التقديرين **قوله** لانه حد ضروري له
صير اليه ضرورة التكاذب ولفظ فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير لان اللعان حد
ضروري صير اليه عند التكاذب واراد بالتكاذب تكاذب الزوجين لان كل واحد منهما
كاذب في زعم صاحبه لان زعم الزوج انها كاذبة في انكار الزنا وان زعم الزوجة انه كاذب
في القذف بالزنا ولهذا اذا اقرت المرأة بالزنا لا يجري اللعان لعدم التكاذب فكذا اذا
اكذب الزوج نفسه لعدم التكاذب **قوله** لاقراره به سابقا ولاحقا اي لاقرار الزوج
بالولد سابقا على النفي فيما اذا اقر بالولد ثم نفاه ولاحقا بالنفي فيما اذا نفاه ثم اقر به
قوله واللعان يصح بدون قطع النسب كما يصح بدون الولد يعني انه اذا نفى ولده
بعد تطاول مدة الولادة يصح اللعان مع تعذر قطع النسب كما يصح اللعان بدون
نفي الولد اصلا كما اذا قال لامرأته يا زانية وذكر جوابا عما يقال ان المقصود من قوله

ليس بابني قطع النسب ولم ينقطع النسب بسبب الاقرار فكان ينبغي ان لا يجب اللعان فاجاب عنه
لهذا بتحقيقه ان اللعان لا يستلزم قطع النسب لا محالة فلا يلزم من انتفائه انتفاء اللعان وانما وجوب
اللعان بسبب قذف الزوج بالزنا وهو حاصل لان معنى قوله ليس هو بابني ان امه التي هي زوجتي زانية
فلو قال لامه انت زانية يجب اللعان فكذا هنا قوله وان قال ليس بابني ولا بابنك فلا حد ولا لعان
وهذه ايضا مسئلة الجامع الصغير وذلك لانه لما قال ليس بابنك انكر ولادة الولد عنها اصلا
وذلك معدوم للزنا لانه اذا انكر كونه منها كيف يتصور ان يتولد بزناها فاذا انتفى الزنا انتفى
القذف فلا يجب الحد ولا اللعان لعدم القذف قوله وبه لا يصير قاذفا اي وبالانكار لا يصير قاذفا
امه قوله ومن قذف امراة معها اولاد لا يعرف لهم اب او قذف الملاعنة بولد والولد حي او قذفها
بعد موت الولد فلا حد عليه قال في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في امراة تقدم من
بعض البلدان ومعها اولاد لا يعرف لهم اب فقال لها رجل يا زانية قال لا حد عليه وهذه من الخواص
وانما لم يجب الحد على قاذفها لان الحد يجب على قاذف المحصنات بالنص وهذه المراة لم يثبت
احصانها لوجود علامة الزنا منها وهي وجود ولد بلا نسب فصار شبهة والحدود تندرئ بالشبهات
وقال ايضا عن ابي حنيفة في رجل لاعن امراته بولد ثم قذفها انسان قال لا حد عليه وان كان
قذفها بعد موت الولد فلا حد عليه ايضا وموت الولد من الخصوص قال الحاكم الشهيد في الكافي
وان لاعنها بولد ثم قذفها هو او غيره فلا حد عليه اعلم انه اذا قذف الملاعنة بولد حال حياة
الولد لا يحد لانها خرجت من ان تكون محصنة لكونها في صورة الزانيات لوجود ولد منها لا اب
لان ولدها مقطوع النسب من الاب باللعان وشرط وجوب الحد كون المقذوفة محصنة فلم
يوجد الشرط فلم يحد وكذا اذا قذفها انسان بعد موت ولدها لا يحد لان المعنى المسقط للحد باق وهو
علامة الزنا بولد منها لا نسب له وولدها بعد موته لم يثبت نسبه من احد قال شمس الائمة السرخسي
في شرح الكافي فان ادعى الزوج الولد يجلد الحد والزم الولد ثم قذفها قاذف فعليه الحد لانها خرجت من
ان تكون في صورة الزانيات حتى يثبت نسب ولدها من الزوج ● ولا حد على من كان قذفها قبل ذلك لان
حال وجود السبب في الحدود معتبر لا محالة وقد كانت عند القذف في صورة الزانيات ولو ادعى
الولد ثم مات قبل ان يحد ثبت نسب الولد منه بالدعوى وضرب من قذف المراة بعده الحد وكذلك
لو قامت البينة على الزوج انه ادعاه وهو ينكر ثبت النسب منه ويضرب الحد لان الثابت بالبينة
عليه كالثابت باقراره ومن قذفها بعد ذلك ضرب الحد لانها خرجت من ان يكون في صورة الزانيات
واذا قذف الرجل امراته فلاعنها واقامت شاهدين انه اكذب نفسه يجب عليه الحد لان
الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم او بمعاينة وهذه المسائل كتبناها هنا تكثيرا للفوائد قوله
قذف الملاعنة بولد اي بسبب نفي الولد والرواية بفتح العين سماعا ويجوز الكسر ايضا على معنى انها
لوعنت او لاعنت بسبب نفي الولد وهذا لان باب المفاعلة موضوع لنسبة اصل الفعل الى احد
الامرين متعلقا بالاخر للمشاركة فاذا قلنا ضارب زيد عمروا يكون عمرو ايضا مشاركا له الا ان زيدا
الواقع فاعلا صريحا ووقع مفعولا ضمنا لان عمروا وقع فاعلا ضمنا فكذا هنا جاز ان يقع نسبة
الفعل الى الزوج صريحا فتكون المراة ملاعنة بالفتح حينئذ وجاز ان يقع نسبته الى المراة صريحا
فتكون المراة ملاعنة بالكسر والزوج ملاعنا بالفتح فافهم اعلم ان الملاعنة بولد لا يحد قاذفها
في ظاهر الرواية بلا خلاف بين اصحابنا وقال في شرح الاقطع قال ابو يوسف يحد لانها محصنة
قبل لعان الزوج فلا يصدق الزوج في اسقاط احصانها بقوله ولعانه فيبقى على احصانها وعنده

قاذفها

قاذفها كما لو لاعنها بغير ولد ووجه الظاهر مر انفا قوله نظرا اليها اي الى امارة الزنا قوله
وهي اي العفة شرط وجوب حد القذف ولم يوجد العفة عن الزنا من المراة لوجود امارة
الزنا وقد مر البيان قوله ولو قذف امراة لاعنت بغير ولد فعليه الحد وهذه من مسائل
المعادة في الجامع الصغير قال الحاكم واذا لاعن الرجل امراته بغير ولد ثم قذفها هو او غيره
فعليه الحد وقال في شرح الطحاوي لو لاعن بغير الولد او مع الولد الا انه لم يقطع النسب او
قطع النسب الا ان الزوج عاد واكذب نفسه والحق النسب بالاب فقذف رجل المراة فانه يجب
الحد على قاذفها وانما وجب الحد على القاذف في هذه الصور لان احصان المراة لم يسقط بقذف الزوج
بل صار اللعان موكدا لعفتها عن الزنا لانه شرع دفعا لعار تهمة الزنا عنها ولانعدام امارة
الزنا وهي قيام ولد لا نسب له لان الولد ليس بموجود في الاولى وفي الثانية موجودة لكن لم
ينقطع نسبه بتطاول المدة وفي الثالثة الحق النسب بالاب بالاكذاب قوله لانعدام امارة
الزنا وامارة الزنا قيام ولد لا اب له ولا ولد هنا فان قيل
اللعان قائم مقام حد الزنا في حقها فيكون امارة الزنا ظاهرة فينبغي ان لا يحد قاذفها قلت
معنى قولهم اللعان قائم مقام حد الزنا في حقها ان الزنا لو ثبت منها لحدت ولكن لما لم يثبت لم تحد
المراة حد الزنا ولم يحد الزوج حد القذف فاجري اللعان بينهما فقام ذلك مقام حد الزنا
في حقها ومقام حد القذف في حقه باية اللعان من هذا الوجه حيث لم يحد احد منهما
وليس معناه ان اللعان كالحد الا ترى ان التفريق بينهما انما وقع باعتبار انها محصنة لانها لو لم
تعتبر محصنة لم يجر اللعان بينهما اصلا فاذن اكد اللعان احصانها ● فمحال ان يسقط الاحصان
بما يتاكد به قال بعضهم في شرحه في جواب هذا السؤال اللعان قائم مقام حد القذف
في حقه فبالنظر الى هذا الوجه تكون المراة محصنة فتعارض الوجهان فتساقطا فبقي القذف
سالما عن المعارض فوجب الحد على القاذف وللقائل ان يقول اذا كانت محصنة من وجه غير
محصنة من وجه فجهة كونها غير محصنة تكون شبهة في اسقاط الحد عن قاذفها لان الشبهة مسقطة
للحد لا موجبة فينبغي على هذا ان لا يجب الحد على القاذف فعلم ان ما قاله ضعيف جدا وقال ايضا
وجدت بخط شيخي شيخ حافظ الدين الكبير البخاري في جواب هذه الشبهة ان اللعان في جانبها
قائم مقام حد الزنا لكن بالنسبة الى الزوج لا بالنسبة الى غيره فكانت هي محصنة بالنسبة
الى غير الزوج فيجب الحد على قاذفها هذا لفظه قلت اذا كانت هي محصنة بالنسبة الى غير الزوج
غير محصنة بالنسبة الى الزوج ينبغي ان لا يحد الزوج ● لكن يحد وعليه نص الحاكم الشهيد
وقد رويناه انفا فعلم ان هذا الجواب ضعيف ايضا قوله قال ومن وطئ وطئا حراما في غير
ملكه لم يحد قاذفه اي قال القدوري في مختصره وانما لم يحد القاذف لان شرط وجوب الحد على
القاذف احصان المقذوف ولم يوجد الشرط لانعدام العفة عن الزنا ولان القاذف صادق
في قذفه لان المقذوف وطئ ما لا يحل له ولا يحد القاذف على الصدق وانما يحد على الكذب ولم
يذكر القدوري ما اذا وطئ وطئا حراما في ملكه فنبينه ان شاء الله تعالى والاصل الكلي هنا ان الوطء
اذا كان حراما لعينه لا يحد قاذف الواطئ وان كان حراما لغيره يحد القاذف والحرام لعينه كما
اذا وجد الوطء في غير الملك من كل وجه وصورته ظاهرة او من وجه كما اذا وطئ جارية مشتركة
بينه وبين غيره فهذا الوطء حرام لعينه لوقوعه زنا لان الوطء حصل في غير الملك الا انه لا
يجب حد الزنا على واطئ الجارية المشتركة للشبهة وكذا يكون الوطء حراما لعينه اذا وقع

في الملك اذا كانت حرمة الوطي موبدة كما اذا وطي امته التي هي اخته من الرضاع او وطي
جاريته التي وطيها ابوه بعد ملك اليمين او الشرا وهذا لانه وطي محرم على التابيد فصار
كالزنا فلم يحد القاذف والحرام لغيره كما اذا كانت حرمة الوطي موقتة مثل ان يطا امراته
الحايض او النفسا او جاريته المجوسية او الامة المزوجة او المكاتبة او الحرة التي ظاهر
منها او وطي امراته الصايمة ففي هذه الصور يحد القاذف لان الحرمة عارضة في الملك على
شرف الزوال فلا يكون الوطي زنا ولا خلاف فيه بين اصحابنا الا في المكاتبة فانه قال ابو
يوسف في احدى الروايتين عنه ان وطيها يسقط الاحصان ولا يحد القاذف وهو قول
زفر لان المولى ليس له ان يطاها ولهذا اذا وطيها يجب عليه العقر ولنا ان ملك الرقبة باق بعد
الكتابة والحرمة في الوطي عارضة على شرف الزوال فاشبهت الحيض والاحرام وكذلك اذا
وطي الامة المشتراة شرا فاسدا يحد قاذفه لان الشرا الفاسد يوجب الملك بخلاف النكاح
الفاسد فانه لا يوجب الملك فلهذا يسقط احصانه بالوطي في النكاح الفاسد وكذلك اذا
ملك اختين بملك يمين فوطيهما حد قاذفه لان الحرمة موقتة فاذا اخرج احداهما عن ملكه
حل له فرج الاخرى بخلاف ما اذا تزوج اختين فوطيهما لا يحد قاذفه لان الحرمة موبدة
لا خلاف فيها اما اذا نظر الى فرج امراة بشهوة او لمسها بشهوة ثم اشترى امها او ابنتها او تزوجها
فوطيها فقذفه رجل حد قاذفه عند ابي حنيفة لان كثيرا من الفقها لا يثبتون حرمة المصاهرة
بالنظر بشهوة او اللمس بشهوة كذا قال الحاكم الشهيد ولا يشبه هذا ما اذا وطي امة وطيها ابوه او
وطي [illegible] لا يحد قاذفه بالاتفاق لانه وطي محرم على التابيد كالزنا كذا في الشامل
وغيره قوله وان كان محرما لغيره يحد اي القاذف قوله وكذا الوطي في الملك والحرمة
موبدة اي الوطي حرام لعينه قوله فان كانت الحرمة موقتة كالوطي في حالة الحيض
وقد مر بيان ذلك قوله وابو حنيفة يشترط ان يكون الحرمة الموبدة ثابتة بالاجماع او
بالحديث المشهور ليكون ثابتة من غير تردد اي ليكون الحرمة نظير الحرمة الثابتة بالاجماع
ما اذا وطي الجارية المشتراة التي وطيها ابوه بملك اليمين او بملك النكاح فلا يحد قاذفه لسقوط
احصان الواطي بالوطي الحرام على التابيد بالاجماع وكذلك اذا تزوج اختين او تزوج امراة
وعمتها او خالتها او تزوج امة على حرة او جمعهما في العقد فوطيها فلا حد على قاذفه لما قلنا
ونظير الحرمة الثابتة بالحديث المشهور ما اذا تزوج امراة بلا شهود فوطيها حيث يسقط
احصانه فلا يحد قاذفه لقوله عليه السلام لا نكاح الا بشهود وهو مشهور تلقته
العلما بالقبول الا انه لا يحد عليه حد الزنا للشبهة وكذا اذا كانت عمته او خالته من
الرضاع او امته فوطيها يسقط احصانه لقوله عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من
النسب قوله بيانه اي بيان الاصل المذكور في المسايل التي ذكرها بعد هذا قوله وكذا
اذا قذف امراة زنت في نصرانيتها اي لا حد على القاذف ومعنى المسالة انها زنت في نصرانيتها
ثم اسلمت فقذفها انسان لان الكافرة اذا لم تسلم لا يجب على قاذفها الحد فان لم تزن فلا
حاجة حينيذ الى القيد بالزنا في اسقاط الحد عن القاذف وانما لم يحد قاذفها بعد الاسلام
لان الاسلام لم يغير حكم ذلك الزنا ولهذا لم يسقط الحد بالاسلام فلما كان كذلك لم يحد
قاذفها لعدم شرط الاحصان وهو العفة عن الزنا ثم لا يتفاوت ان يكون زناها في دار الحرب
او في دار الاسلام وعليه نص الحاكم الشهيد قوله ولهذا وجب عليها الحد اي حد الزنا

وهو ايضاح لتحقق الزنا قوله لا يحد اي القاذف قوله وهذا هو الصحيح اي عدم وجوب
حد القذف على من قذف من وطي امته وهي اخته من الرضاعة هو الصحيح وانما قيد بالصحيح
لانه ظاهر الرواية واحترز به عن رواية الشيخ ابي الحسن الكرخي انه لا يسقط الحد عن
القاذف لانه وطي في ملكه فقارنه التحريم فيه لا يسقط الاحصان كوطي المراة الحايض
والمحرمة والامة المجوسية والمزوجة والتي ظاهر منها ولنا ان الحرمة موبدة في المقيس
وموقتة في المقيس عليه ولا شك ان المقيس عليه ادنى حالا من المقيس فلا يصح القياس لعدم
المماثلة فجاز ان يسقط الاحصان في الحرمة الاعلى دون الادنى قوله ولو قذف مكاتبا مات
وترك وفا لا حد عليه وهذه من مسايل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي
حنيفة رضي الله عنه في المكاتب يموت ويترك وفا فيودي كتابته ويقسم ما بقي بين ورثته
الاحرار ثم يقذفه انسان قال لا حد على قاذفه ابدا وذلك ان الصحابة اختلفوا فيما اذا مات
عن وفا فقال بعضهم مات حرا وهو مذهب علي وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهما وقال
بعضهم مات عبدا وهو مذهب زيد بن ثابت فاختلافهم اورث شبهة في حد القاذف
فسقط قوله ولو قذف مجوسيا تزوج بامه ثم اسلم عند ابي حنيفة رضي الله عنه يحد وقالا
لا حد عليه وهذه من مسايل الجامع الصغير واصله ان تزوج المجوس له حكم الصحة عند
ابي حنيفة وقالا له حكم البطلان وموضعه كتاب النكاح من الاصل ونحن استقصينا بيانه
في باب نكاح اهل الشرك فينظر ثمه لا محالة فنقول الفعل الذي اتى به المجوسي قبل الاسلام
شي يستحله ديانة ونحن امرنا بتركهم وما يدينون ولهذا لا يتعرض لهم في كفرهم الذي
هو اقبح من التزوج بالمحارم فكذا لا يتعرض في التزوج فلما كان كذلك كان له حكم الصحة فصار محصنا
بالاسلام وقد عفي له ما تقدم بالاسلام فيحد قاذفه وجه قولهما ان النكاح فاسد في الاصل ولهذا
اذا ترافعا يفرق بينهما بالاجماع ونكاح المحارم ليس بمشروع مطلقا وانما كان ذلك في ملة ادم ضرورة
التوالد والتناسل بان يزوج اخت هذا البطن من اخ البطن الاخر واما نكاح الامهات فلم
يكن مشروعا اصلا والمسلم اذا وطي امراة بنكاح فاسد لا يكون محصنا ولا يحد قاذفه فكذا
هنا قوله واذا دخل الحربي دارنا بامان فقذف مسلما حد وهي من مسايل الجامع الصغير
وانما وجب عليه حد القذف فلان فيه حق العبد وهو مواخذ بحقوق العباد والحاصل
ان حد القذف يجب عليه بالاتفاق وحد الخمر لا يجب عليه بالاتفاق وحد الزنا والسرقة
يجب عند ابي يوسف ولا يجب عند ابي حنيفة ومحمد والذمي يجب عليه جميع الحدود
بالاتفاق الا حد الخمر وقد مر بيانه في باب الوطي الذي يوجب الحد قوله ان لا يؤذي
بفتح الذال وما بعده بكسر الذال قوله وموجب اذاه اي يكون المستامن ملتزما موجب
اذاه وهو حد القذف قوله واذا حد المسلم في قذف سقطت شهادته وان تاب وهذه
مسالة القدوري اعلم ان المحدود في الزنا او السرقة او الشرب اذا تاب يقبل شهادته
بالاتفاق الا عند الحسن بن حي والاوزاعي فان عندهما لا يقبل شهادة من حد في الاسلام
في قذف او غيره ابدا كذا ذكر ابو بكر الرازي في شرح الطحاوي فاما المحدود في القذف
اذا تاب فعندنا لا يقبل شهادته وعند مالك والشافعي وعثمان البتي يقبل قياسا على المحدود
في الزنا ولنا قوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهدا فاجلدوهم ثمانين
جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا واولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا قبلت شهادته

المحدود في قذف بعد التوبه لا يبقى تابعا لقوله ابدا وبالاستثنا ارتفع الفسق ولا يلزم من نفي الفسق
قبول الشهادة كما في شهادة العبد وقد مر تحقيق هذه المسئلة في كتابنا الموسوم بالتبيين في شرح
الاخسيكثي والباقي يجي في الشهادات ان شا الله تعالى **قوله** واذا حد الكافر في قذف لم تجز شهادته
على اهل الذمة وهذه من مسايل الجامع الصغير المعادة وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي
حنيفة في ذمي قذف رجلا فاقيم عليه الحد قال لا تجوز شهادته على اهل الذمة فان اسلم جازت
شهادته على اهل الذمة وعلى اهل الاسلام وانما لم تجز شهادة الكافر بعد حد القذف قبل الاسلام لان
رد شهادة المحدود من تمام الحد فترد شهادته على جنسه تتمة للحد فاذا اسلم جازت شهادته على
اهل الاسلام واهل الذمة لان هذه شهادة مستفادة غير تلك الشهادة المردودة اذ بالاسلام
حصل له عدالة الاسلام فلما كانت هذه غيرها ولم يلحقها رد قبلت على اهل الاسلام ثم على اهل
الذمة تبعا لهم فان قلت العبد اذا قذف فضرب الحد ثم اعتق
لا تقبل شهادته فكيف قبلت شهادة الكافر اذا اسلم قلت
العبد لا شهادة له اصلا حال رقه فلا بد في حد القذف من رد الشهادة وانما تحصل الشهادة للعبد
بعد العتق فترد الان تتمة للحد اما الكافر فله شهادة على جنسه فردت بالحد ثم بعد الاسلام حدثت
له شهادة اخرى لم يلحقها رد فقبلت **قوله** بخلاف العبد جواب سوال ذكرناه انفا **قوله**
وان ضرب سوطا في قذف ثم اسلم ثم ضرب ما بقي جازت شهادته اي ان ضرب القاذف الكافر وهذه من
مسايل الجامع الصغير قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير روي عن ابي حنيفة رضي الله
عنه في هذا ثلاث روايات روي عنه اذا ضرب سوطا في الاسلام لا تقبل شهادته وعنه اذا ضرب
الاكثر في الاسلام بطلت شهادته وعنه ما لم يضرب كله في الاسلام لا يبطل شهادته وهو المعروف
وهو قول ابي يوسف ومحمد وكذا اذا ضرب المسلم بعض الحد ثم هرب فيه ثلاث روايات في ظاهر
الرواية ما لم يضرب جميع الحد لا يبطل شهادته وفي رواية تبطل بضرب سوط وفي رواية
لا تبطل ما لم يضرب الاكثر وجه اعتبار السوط الواحد ان حد القذف جرح في الشهادة فيستوي
في اسباب الجرح القليل والكثير فكذا الحد ووجه اعتبار الاكثر ان الاكثر يقوم مقام الكل فيكون
ضرب الاكثر كضرب الكل ووجه اعتبار الكل ان الله تعالى امر برد الشهادة بعد ضرب ثمانين فما لم
يوجد ضرب الثمانين في الاسلام لا ترد ولان رد الشهادة صفة للحد على معنى ان الرد تتمة له
وصفة الشي لا وجود لها الا بعد وجود ذلك الشي فلما لم يوجد الجلدات بتمامها بعد الاسلام لا يوجد
الحد فلا يكون الرد صفة لا للموجود قبل الاسلام ولا للموجود بعده لان كل ذلك بعض الحد
قوله وعن ابي يوسف انه يرد شهادته وذلك لانه جعل الاقل وهو السوط الموجود قبل
الاسلام تابعا للاكثر وهو الموجود في الاسلام اعني تسعة وسبعين سوطا فصار كان الثمانين
وجد بعد الاسلام وهذه رواية عن ابي حنيفة ايضا ذكرناه انفا **قوله** والاول اصح اي جواز
الشهادة **قوله** قال ومن قذف او زنى او شرب غير مرة فحد فهو لذلك كله وهذه من مسايل
الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة فيمن قذف غير مرة فضرب الحد
مرة قال هذا الحد لذلك كله وكذلك الزنا وشرب الخمر ومسيلة الشرب من الخواص وذلك لان
المقصود من اقامة الحد الزجر فبعد ذلك نقول لا يخلو من احد الامرين اما ان يحصل الزجر بالحد
الاول او يحتمل ان يحصل بالثاني فايا ما كان لا يقام الحد ثانيا لانه يلزم تحصيل الحاصل في الاول
وذلك فاسد وفي الثاني يكون تمحض فوات المقصود بالثاني لاحتمال حصوله بالاول والحدود تندري

بالشبهات وهذا في حد الزنا والشرب بالاتفاق ولهذا يحصل في الزنا الواحد المخالطة مرارا
ولا يجب لكل مخالطة حد على حدة وكذلك فيما اذا شرب مرة واحدة بانفاس لا يجب لكل نفس
حد على حدة فكذا اذا زنى مرارا او شرب مرارا لان المقصود يحصل بالاول اما حد القذف
ففيه خلاف فعندنا يتداخل وعند الشافعي لا يتداخل اذا اختلف المقذوف كزيد وعمرو مثلا
او اختلف المقذوف به كما اذا قذف زيدا بزنائين مختلفين وهذا ابنا على ان الغالب فيه حق
الله تعالى عندنا وحق العبد عند الشافعي وقد مر تحقيق ذلك باقصى الوجوه في هذا الباب عند
قوله ومن قذف غيره ومات المقذوف بطل الحد **قوله** اما الاخريان وهذه هي النسخة الصحيحة
تخفيفا وسماعا وفي بعض النسخ قال اما الاولان فذاك ليس بشي لان اما هنا للتفصيل لانه ذكر
اولا ثلاثة اشيا القذف والزنا والشرب على الترتيب ثم قال اما الاخريان واراد بهما الزنا والشرب
ثم قال بعد خطوط واما القذف فلو كانت الرواية اما الاولان يكون المراد منهما القذف والزنا
ويكون الشرب خاليا عن البيان ويكون بيان القذف مكررا لانه قال بعد ذلك واما القذف ولكن
مع هذا لو قال المصنف اما الاخران بلفظ التذكير مكسورا الخا لكان اولى لان الزنا والشرب
مذكر فيصح اللفظ بلا تاويل مع ما قال يحتاج الى التاويل بان يقال الفعلتان الاخريان او
الجملتان **قوله** الانزجار يحتبدان **قوله** واحتمال حصوله بالاول اي حصول الانزجار
بالحد الاول **قوله** شبهة فوات هو المقصود بالثاني اراد بالمقصود الانزجار وبالثاني الحد
الثاني **قوله** ملحقا بهما اي بحدي الزنا والشرب **قوله** اختلف المقذوف كزيد وعمرو واختلف
المقذوف به كقذف زيد بزنائين مختلفين قال الحاكم الشهيد في الكافي قال لرجل يا ابن الزانيين فعليه
حد واحد وقال ايضا وان باشر امراة حراما وبلغ كل شي منها دون الجماع فقذفه قاذف فعليه الحد
وذلك لان الاحصان يسقط بوطي حرام ولم يوجد وقال في الشامل في قسم المبسوط قال لحرة يا زانية
او قال جامعتها حراما لا حد عليه ما لم يقذفه بالزنا لان الجماع الحرام يكون بنكاح فاسد وقال ايضا
فيه قال لامراة زنيت بحمار او بعير او ثور لا يحد لان معناه اولج فيك حمار ولو صرح لا يحد ولو قال
زنيت بناقة او بدراهم او بثوب يحد لان معناه زنيت واخذت هذا ولو قال هذا الرجل لا يحد
لانه ليس العرف في جانبه اخذ المال وهذه المسايل كتبناها تكثيرا للفوايد لطالب المزيد
فصل في التعزير قال في المغرب التعزير تاديب دون الحد من العزر
وهو الرد والردع ثم لما كان التعزير دون الحد لم يكن له قوة الحد فذكر في الاخير لضعفه والتعزير
في قوله تعالى وتعزروه بمعنى النصرة والتعظيم **قوله** ومن قذف عبدا او امة او ام ولد او كافرا
بالزنا عزر هذا لفظ القدوري اعلم ان [illegible] المقذوف اذا كان غير محصن فقذف بالزنا يجب
التعزير كما اذا كان المقذوف عبدا او امة او ام ولد او كافرا او اذا كان المقذوف محصنا لكن
قذف بغير الزنا كما اذا قال يا فاسق او يا كافر او يا خبيث لا يحد ويعزر وذلك لان قذف غير المحصن
بالزنا لم يوجب الحد في الصورة الاولى وكذا اذا قذف المحصن بغير الزنا لم يوجب الحد في
الصورة الثانية لان شرط وجوب حد القذف هو القذف للمحصن بصريح الزنا فوجب التعزير
دفعا للعار اللاحق بالمقذوف صيانة لعرضه لان القاذف لما اذاه وجب عليه العقوبة وادنى
العقوبات التعزير قال في شرح الطحاوي والاصل في وجوب التعزير ان كل من ارتكب منكرا او اذى
مسلما بغير حق بقوله او فعله وجب التعزير الا اذا كان الكذب ظاهرا في قوله كما اذا قال يا كلب
او يا خنزير او نحوه فانه لا يعزر وقال ايضا لو قال يا فاجر او يا ابن الفاجرة الفاسقة او قال يا خاين

او يا نائب الخمر او يا اكل الربا كان عليه التعزير وقال في الفتاوى الولوالجي لو قال يا ابن الفاجرة يا ابن الفاسقة يا ابن القحبة فلا حد عليه لانه ما نسبه ولا امه الى الزنا لان هذه الالفاظ كما تنبئ عن الزنا تنبئ عن غيره لان غير الزنا يسمى فجورا وعليه التعزير لانه الحق نوع شين به فيعزر لدفع الشين عنه **قوله** فوجب التعزير الا انه يبلغ بالتعزير غايته في الجناية الاولى اي فيما اذا قذف غير المحصن بالزنا **قوله** وفي الوجه الثاني الراي الى الامام اي فيما اذا قذف المحصن بغير الزنا كالفسق والكفر **قوله** ولو قال يا حمار او يا خنزير لم يعزر هذا لفظ القدوري وهو ظاهر الرواية عن اصحابنا في المبسوط وغيره ووجهه ان القاذف كاذب في قذفه قطعا ولا يلحق الشين به بالمقذوف وقيل في عرفنا يعزر وهو قول الهندواني لانه يعد شتيمة في بلادنا ونقل الناطفي في الاجناس عن نوادر ابي يوسف رواية ابن سماعة لو قال يا خنزير او قال يا حمار عزر ولو قال لرجل صالح ذي المروة يا فاسق يا لص يا مشرك يا كافر يا زنديق عزر في ذلك وان كان الذي قيل له يا فاسق كان فاسقا او فاجرا او يا لص كان لصا لا شيء عليه قال ذكره في المجرد **قوله** يعد سبا اي شتما **قوله** وقيل ان كان المسبوب من الاشراف كالفقهاء والعلوية يعزر لانه يلحقهم الوحشة بذلك اي ان كان المسبوب بقوله يا حمار او يا خنزير وقال في الاجناس لو قال يا ابن قرطبان عليه التعزير لانه هو الذي يجمع رجلا على امرأته رجاء ان يصيب منه مالا وقال ايضا لو قال يا جيفة يا ديوث يا مخنث عزر في ذلك وقال يا سفيه عزر وقال ايضا لو قال يا ابن الحجام وابوه ليس بحجام او يا ابن الاسود وابوه ليس كذلك او قال له انت حجام او انت مقتصد او يا رستاقي لا تعزير فيه وقال في الفتاوى الولوالجي لو قال يا ابله يا ناكس او يا منبوذ لا يجب عليه التعزير لانه ما قذفه بمعصية ولا الحق الشين به وكذلك لو قال يا ساحر يا مضحكة يا معاهر ثم قال هكذا ذكر في بعض المواضع وفيه نظر والظاهر انه يجب وقال ايضا ولو قال يا بليد يا قذر يجب التعزير لانه الحق الشين به وقال في خلاصة الفتاوى قال الصدر الشهيد يجب التعزير في قوله يا معاهر وقال الحاكم في الكافي ان قال يا يهودي او يا نصراني او يا مجوسي او يا ابن اليهودي فلا حد عليه ويعزر **قوله** والتعزير اكثره تسعة وثلاثون واقله ثلاث جلدات وقال ابو يوسف يبلغ التعزير خمسة وسبعين سوطا هذا لفظ القدوري في مختصره وهذا ظاهر الرواية عن ابي يوسف الا ترى الى ما نقل صاحب الاجناس عن حدود الاصل لا يمد في التعزير ويضرب والمضروب قائم اقله ثلاثة واكثره تسعة وثلاثون لا يبلغ اربعين سوطا في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يبلغ به خمسة وسبعين سوطا ثم قال وفي نوادر هشام عن ابي يوسف تسعة وسبعين سوطا لكن هذا في حد الحر اما في تعزير العبد فعلى قول ابي يوسف ينقص خمسة عن اربعين كذا ذكر صاحب التحفة وقول محمد في ظاهر الرواية مع ابي حنيفة وفي رواية قوله مع ابي يوسف كذا ذكر في المختلف وقول زفر مثل قول ابي حنيفة في النوادر وذكره الفقيه ابو الليث مع ابي يوسف هكذا في شرح الجامع الصغير وذكر في شرح الاقطع قول زفر مثل قول محمد رحمهم الله ثم الاصل هنا ما روي عن النبي عليه السلام انه قال من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين معناه من بلغ حدا فيما ليس بحد يعني في التعزير اذا بلغ حدا فهو من المعتدين اي من المجاوزين فعلى هذا لا بد من نقصان عدد الجلد في التعزير عن الحد وذلك يحصل بنقصان سوط عن الاربعين لانه عليه السلام قال من بلغ حدا بلفظ النكرة فيتناول ادنى ما يقع عليه اسم الحد وهو الاربعون لانه ادنى حد العبد في القذف وابو يوسف اعتبر حد الاحرار لان الرق عارض فنقص عنه سوطا على رواية النوادر وعلى ظاهر الرواية نقص عن الثمانين خمسة ولا فقه فيه ولا يفهم منه معنى معقول قالوا ان ابا يوسف كان يعزر رجلا وقد امر بتسعة وسبعين وكان يعقد لكل

خمسة عقدا باصابعه فعقد خمسة عشر ولم يعقد للاربعة الاخيرة لنقصانها عن الخمسة فظن الذي عنده انه امر بخمسة وسبعين وكان يعرف الضارب حقيقة الحال فاختلفت الرواية عن ابي يوسف لهذا وقد روي عن عمر مثل هذا وليس بصحيح وانما الصحيح عن ابي يوسف لانه لو كان في مثل هذا نقل عن عمر لم يعتبر ابو حنيفة التعزير بحد العبيد وقيل ان نقصان الخمسة ماثور عن علي رضي الله عنه وفيه نظر لما قلنا وهذا لان تقليد الصحابي فيما لا يدرك بالقياس واجب عند اصحابنا وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير قيل ان ابا يوسف اخذ النصف من حد الاحرار والنصف من حد العبيد واكثر حد الاحرار مائة واكثر حد العبيد خمسون فاخذ نصفا من هذا ونصفا من هذا قلت سلمنا ان المائة حد هذا والخمسين حد ذاك ولكن لا نسلم اعتبار التعزير بتنصيف كل واحد ولا دليل على التنصيف جزما لا سيما من كل واحد منهما ولا دليل ايضا على اعتبار اكثر الحدين وما قاله ابو حنيفة اشبه بالصواب عندي لتيقن الاقل والفقيه ابو الليث اخذ بقول زفر وعلل بعد ذلك بقوله لان الاربعين نصف الحد وليس بحد والحد ثمانون وفيه نظر لانا نقول لا نسلم ان الاربعين ليس بحد بل هو حد العبد في القذف ولا يجوز نفيه مطلقا لان النكرة اذا وقعت في موضع النفي تعم قوله عليه السلام من بلغ حدا في غير حد الرواية فيه بتخفيف اللام والتشديد وجه على حذف المفعول الاول اي من بلغ التاديب او بلغ الضرب حدا فيما ليس بحد اي في التعزير وقال بعضهم في تقدير المفعول الاول من بلغ التعزير حدا وذلك ملوث للصحاح لان المراد من قوله في غير حد التعزير فيكون تقدير الكلام حينئذ من بلغ التعزير حد التعزير فيرد ما قلنا **قوله** فصرفاه اليه اي صرف ابو حنيفة ومحمد التعزير الى حد العبد فنقصا منه سوطا اي من الاربعين **قوله** في رواية عنه اي عن ابي يوسف **قوله** وفي هذه الرواية اي وفي رواية القدوري وهي رواية الجامع الصغير ايضا **قوله** فقلده اي قلد ابو يوسف عليا **قوله** ثم قدر الادنى في الكتاب بثلاث جلدات اي قدر القدوري ادنى التعزير في مختصره بثلاث جلدات لعدم وقوع الزجر باقل من ذلك وذكر مشايخنا في شرح الجامع الصغير ان ادناه على ما يراه الامام يعني يجتهد الامام في ذلك فاي قدر يرى في ذلك مصلحة يعزره بذلك لان الناس يتفاوتون فواحد ينزجر بادنى ضربات ويتخذ به ولا ينزجر باضعاف ذلك الاخر وروي مثل ذلك عن ابي حنيفة ولهذا قال في الاجناس قال ابو حنيفة رضي الله عنه في التعزير ان راى القاضي ان يحبسه ولا يضربه فعل وهو الى الوالي فيعمل فيه برايه وعلى الوالي ان يجتهد في ذلك **قوله** وعن ابي يوسف انه على قدر عظم الجرم وصغره نقل الناطفي في الاجناس عن الحدود املاء رواية ابي سليمان قال ابو يوسف التعزير على قدر عظم الجرم وصغره وعلى قدر ما يرى الحاكم في ذلك وعلى قدر احتمال المضروب وغير احتماله لضعف بدنه يتحرى في ذلك وقال في نوادر ابن رستم عن محمد في الرجل يشتم الناس ان كان له مروة وعظ وان كان دون ذلك حبس وان كان شتاما ضرب وحبس قال والمروة عندي في الدين والصلاح قال في خلاصة الفتاوى سمعت من ثقة ان التعزير باخذ المال ان راى القاضي او الوالي جاز ومن جملة ذلك رجل لا يحضر الجماعة يجوز تعزيره باخذ المال الى هنا لفظ الخلاصة وقال في شرح الاقطع روى ابن سماعة عن ابي يوسف انه قال على قدر ما يراه الامام وفي كل نوع يعتبر في كل شيء ما يقرب منه فالقذف بغير الزنا يعتبر بحد القذف وشرب غير الخمر يقرب من شرب الخمر والوطي

فيما دون الفرج يقرب من الزنا حتى يعتبر كل شي بنوعه وهذا هو المراد من قول صاحب الهداية وعنه انه يقرب كل نوع من بابه فيقرب اللمس والقبلة من حد الزنا والقذف بغير الزنا من حد القذف يعني يعزر في اللمس الحرام والقبلة الحرام اكثر جلدات التعزير ويعزر في القذف بغير الزنا كقوله يا كافر او يا خبيث اقل جلدات التعزير **قوله** وان راى الامام ان يضم الى الضرب في التعزير الحبس فعل وذلك لان المقصود من التعزير الزجر عن منكر لم يشرع فيه حد وللامام راي في التعزير فاذا راى الحبس مصلحة ضم الى الضرب كما اذا راى الحبس دون الضرب فله ذلك ولهذا اجاز له ان ينقص من الضرب ما شا **قوله** انه يصلح به اي بالحبس **قوله** وقد ورد الشرع في الجملة اي بالحبس وهو ما روي في السنن مسندا الى عمرو بن الشريد عن ابيه عن النبي عليه السلام قال لي الواجد يحل عرضه وعقوبته قال ابن المبارك يحل عرضه يغلظ له وعقوبته يحبس له وروي في السنن ايضا ان النبي عليه السلام حبس رجلا في تهمة **قوله** ان يضرب اي ان يضم الحبس الى الضرب **قوله** ولهذا لم يشرع في التعزير بالتهمة قبل ثبوته كما شرع في الحد هذا ايضاح لما ان الحبس صلح تعزيرا يعني ان الحبس لما كان صالحا للتعزير لم يشرع الحبس بمجرد التهمة قبل ثبوت التعزير لان الحبس من التعزير فلو جاز قبل ثبوت التعزير لزم تقدم الشي على نفسه وهو فاسد ولهذا لم يحبس المشهود عليه بالتعزير حتى يسال عن الشهود ويحبس في الحد حتى يسال عن الشهود لان الحبس ليس من الحد فلا يلزم ما قلنا قال في شرح الطحاوي التعزير على اربع مراتب تعزير الاشراف كالدهاقنة والقواد وتعزير اشراف الاشراف كالفقها والعلوية وتعزير الاوساط من الناس وتعزير الخسايس من الناس فتعزير اشراف الاشراف الاعلام لا غير وهو ان يقول له القاضي بلغني انك تفعل كذا وكذا وتعزير الاشراف الاعلام والجر الى باب القاضي وتعزير الاوساط من الناس كالسوقية الاعلام والجر الى باب القاضي والحبس وتعزير الخسايس من الناس الاعلام والجر الى باب القاضي والضرب والحبس **قوله** قال اشد الضرب التعزير اي قال القدوري في مختصره اشد الضرب التعزير ثم حد الزنا ثم حد الشرب ثم حد القذف قال الحاكم في الكافي وضرب التعزير اشد من ضرب الزاني وضرب الزاني اشد من ضرب الشارب وضرب الشارب اشد من ضرب القاذف وضرب القاذف اخف من جميع ذلك ويجرد في سائر الا في حد القذف فانه يضرب وعليه ثيابه وقد مر ذلك وانما كان ضرب التعزير اشد لانه ناقص المقدار وهو تخفيف فلا يخفف ثانيا في وصفه ليلا يودي الى فوات المقصود اصلا وهو الزجر ● اختلف المشايخ في شدته قال في شرح الطحاوي قال بعضهم هو الجمع في عضو يجمع الاسواط في عضو واحد ولا يفرق على الاعضا بخلاف سائر الحدود وقال بعضهم هو الجمع في عضو لا بل شدته في الضرب لا في الجمع ويدل ذلك ما روى ابو عبيد وغيره ان رجلا اقسم على ام سلمة رضي الله عنها فضربه عمر ثلاثين سوطا كلها يبضع ويحدر ومعلوم ان عمر رضي الله عنه ضربه بسبيل التعزير ويبضع بالضاد المعجمة والعين المهملة اي يشق ويحدر بالحا المهملة من باب نصر اي يورم وروي ويحدر من الاحدار ثم ضرب الزنا اشد من ضرب الشارب لانه ثابت بالكتاب والسنة وسببه وهو الزنا من اعظم الذنوب ولهذا شرع فيه اعظم العقوبات وهو الرجم الا ترى الى ما روي في السنن عن عبد الله بن مسعود قال قلت يا رسول الله اي الذنب اعظم قال ان تجعل لله ندا وهو خلقك ثم قال اي قال ان تقتل اخاك ولدك خشية ان ياكل معك قال ثم اي قال ان تزني بحليلة جارك قال

واول تصديق قول النبي عليه السلام والذين لا يدعون مع الله الها اخر ولا يقتلون النفس التي حرم الله الا بالحق ولا يزنون الاية ثم ضرب الشارب لان سببه وهو الشرب ثابت يقينا بالبينة لكن لما لم يكن هذا الحد ثابتا بالكتاب بل كان بقول الصحابة كان ضربه دون ضرب الزنا وفوق ضرب القذف لان سببه ليس بيقين بل هو مشتبه لاحتمال انه صادق او كاذب لانه ربما يكون صادقا في قذفه ولا يقدر على اثبات زنا المقذوف لانه قلما يحصل من يشهد على فعل المقذوف كالميل في المكحلة ثم ضرب القذف اخف من الجميع لما قلنا ولانه حصل فيه التغليظ من جعله مردود الشهادة ابدا لقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا فلا يغلظ ثانيا بشدة الضرب **قوله** ومن حده الامام او عزره فمات فدمه هدر ذكر هذا لفظ القدوري في مختصره اما هدر الدم في الحد فبالاجماع واما في التعزير فقد قال الشافعي في احد قوليه يلزمه الضمان في ماله وفي قول اخر في بيت المال كذا في شرح الاقطع ولنا انه فعل ما فعله بامر الشارع ولم يتبين خطاؤه فلا يلزمه الضمان كما في الحد وهذا لانه لما كان مامورا في الحد او التعزير اتى بما في وسعه من الجلد بحسب الامر وليس في وسعه ان لا يتلف المجلود بعد الجلد ولا يكلف الله نفسا الا وسعها فلا يجب الضمان كما في الحد ولانه عقوبة يستوفيها الامام لمصلحة العامة فلا يجب به الضمان كالحد ولان فعل المامور لا يكون مقيدا بشرط السلامة كالفصاد والبزاغ اذا لم يتجاوزا الموضع المعتاد فات المفصود او المبزوغ لا يلزم الضمان فكذا هنا وليس كذلك تعزير الرجل زوجته اذا ماتت من ذلك حيث يجب عليه ضمان الدية لانه من قبل الاطلاقات والاطلاق يتقيد بوصف السلامة فاذا فاتت السلامة يلزم الضمان كالمرور في الطريق والاصطياد اذا اتلف من ذلك الوجه شيا يلزم الضمان لكونه مقيدا بشرط السلامة وهذا لان الاطلاق رفع القيد فيعني يكون الشخص مخيرا في اتيان الفعل وتركه ان شا فعل وان شا ترك فاذا فعل يفعل باختياره وليس ثمه امر يلزمه لا محالة على الفعل فيلزمه ان يفعل على وجه لا يتلف لانه فعل باختياره فاذا اتلف ضمن وليس كذلك الامر لانه الزام فاذا اتلف بامر الشارع صار كان التالف اماته الله تعالى ابتدا اولا واسطة ولان ضرب الرجل زوجته لمنفعة نفسه وتعزير القاذف بامر الامام لمنفعة عامة اهل الاسلام وهي رفع الفساد عن دار الاسلام فصار تعزيره كالحد فلم يجز قياسه على ضربها لعدم الجامع بينهما لذهب ذمه هدرا اي باطلا ويقال بزغ البيطار الدابة من حد منع اي اسال دمها من قوايمها واسم الحديد التي يفعل بها ذلك المبزغ وهو كمشرط الحجام **قوله** وقال الشافعي يجب الدية في بيت المال لان الاتلاف خطا فيه اذ التعزير للتاديب جوابه سلمنا ان التعزير للتاديب وهنا ايضا وقع لغرض التاديب لكن لا نسلم ان الاتلاف خطا لان الاتلاف حصل في ضمن الجلد المامور به وقد اتى الجلاد بما امر به من الجلد لا بغير ما امر به فكيف يضاف الخطا اليه **قوله** غير انه يجب الدية في بيت المال استثنا من قوله لان الاتلاف خطا يعني انه لما كان مخطيا بالاتلاف على زعم الشافعي كان القياس ان يجب الضمان في ماله كما قال في حد قوليه الا انه وجبت الدية في بيت المال لرجوع نفع الجلد الى العامة فوجب الضمان في مالهم وهو مال بيت المال **قوله** بامره اي بامر الله تعالى اماته اي امات الله المجلود من غير واسطة اي من غير واسطة جلد الجلاد

كتاب السرقة

لما فرغ عن بيان المزاجر الراجعة الى صيانة النفوس كلا وجزءا وانما لانها شرع في بيان الزواجر الراجعة الى صيانة الاموال واخرها لكون النفس اصلا والمال تابعا وذلك لان حد الزنا للزجر عن الزنا الذي هو سبب لضياع نفس الولد فكان فيه صيانة النفس وحد الشرب فيه صيانة

العقل الذي هو اشرف الاجزا في النفس وحد القذف لصيانة ما الوجه الذي يتصل بالنفس وانما
قلنا ان المال تابع لانه خلق وقاية للنفس قال تعالى خلق لكم ما في الارض جميعا **قوله** السرقة
في اللغة اخذ الشي من الغير على سبيل الخفية والاستسرار ومنه استراق السمع قال تعالى الا من
استرق السمع قال في المجمل استرق السمع اذا تسمع مستخفيا اعلم ان السرقة في اللغة اخذ مال الغير على
سبيل الاستسرار ويراد بها في اصطلاح اهل الشرع اخذ مال معتبر شرعا من حرز اجنبي لا شبهة فيه
خفية وهو قاصد للحفظ في نومه او غيبته والمعتبر شرعا احترازا عن التافه وما دون النصاب
وقيد الحرز ظاهر وقيد الاجنبي احترازا عن القريب ذي الرحم المحرم وقيد حرز لا شبهة فيه احتراز
عما فيه شبهة وقيد الخفية احترازا عن النهب والغصب والاختلاس وقيد القصد للحفظ احتراز
عن النبش وقيد النوم والغيبة احترازا عن الطر هذا مما ابدعه خاطري في كتابنا الموسوم
بالتبيين **قوله** وقد زيدت عليه اوصاف في الشريعة اي زيدت على المعنى اللغوي اوصاف
وهي القيود المذكورة في التعريف الذي ذكرته **قوله** والمعنى اللغوي اي اخذ الشي من الغير
على الخفية مراعى فيها اي في السرقة **قوله** ابتدا وانتها وهو ان يوجد الحقيقة ابتدا وانتها
قوله او ابتدا لا غير كما اذا نقب الجدار يعني ليلا وهو ان يكون ابتدا السرقة خفية وانتهاؤها
جهرا كما اذا نقب الجدار ليلا خفية ثم استيقظ صاحب المال فاخذ السارق منه جهرا مكابرة
اعني مقاتلة بالسلاح قال في خلاصة الفتاوى ثم السرقة التي يتعلق بها القطع لها شرائط منها
الخفية والاستسرار ابتدا وانتها او ابتدا بان ينقب البيت خفية ثم ياخذ المال من بعد مكابرة
بان استيقظ صاحبه ومنها ان لا يكون للسارق في المسروق ملك ولا شبهة ملك ومنها ان لا يكون السارق
ماذونا بالدخول في المكان الذي سرق منه ومنها ان يكون للمسروق منه يد صحيحة على المال حتى ان
السارق من السارق لا يقطع ومنها ان لا يكون بين السارق والمسروق منه زوجية ولا رحم كامل
ومنها ان يكون المسروق متقوما وان لا يوجد جنسه مباحا في الاصل ولا يكون تافها ولا مما
يتسارع اليه الفساد ويعتبر قيمته عشرة وقت السرقة ووقت وذكر الطحاوي ان المعتبر قيمته
وقت الاخراج ومنها ان يكون الماخوذ محرزا ثم قال في الخلاصة ولو كابر انسانا ليلا وسرق متاعه
قطع ولو كابره نهارا لا يقطع بان نقب بيته سرا واخذ متاعه معاينة فالقياس ان يقطع في الفصلين
يعني انا استحسنوا بالمثل لانه احرز خفية عن اعين سائر الناس **قوله** نقب الجدار بالتخفيف
من حد نصر وروي بالتشديد وذلك ضعيف لان التفعيل للتكثير اما في الفعل كما في التطواف
طوف واما في الفاعل كما في موت الابل واما في المفعول كما في غلقت الابواب ولم يوجد واحد
منها لتوحد الفعل والفاعل والمفعول فافهم **قوله** مكابرة اي مغالبة ومدافعة **قوله**
وفي الكبرى الى اخره هذا جواب سوال بان يقال يرد على ما قلت قطع الطريق وهو يسمى السرقة
الكبرى ومع هذا لم يراع فيها الحقيقة وقد قلت المعنى اللغوي في السرقة مراعى فقال في
السرقة الكبرى ايضا روعي معنى السرقة لغة وهو الاخذ خفية لان قاطع الطريق ياخذ
المال عن المار خفية عن عين الامام الذي يحفظ الطريق والمارة بشوكته ومنعته
كما ان السارق في السرقة الصغرى ياخذ المال خفية عن عين من يحفظه مالكا كان او قائما
مقامه كالمستعير والمستاجر والمودع والمرتهن والمضارب والغاصب **قوله** من يقوم
مقامه اي مقام المالك بان يكون صاحب يد امانة او ضمان وقد مر النظائر قبيله **قوله**
قال اذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم او ما يبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة من حرز

لا شبهة

لا شبهة فيه وجب القطع فيه اي قال القدوري في مختصره والاصل في وجوب القطع قوله
تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما وانما خص المجنون والصبي لما روي في السنن
وغيره مسندا الى علي رضي الله عنه عن النبي عليه السلام قال رفع القلم عن ثلاثة عن النائم
حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يعقل ولان القطع عقوبة وهما ليسا من
اهل العقوبة ثم اختلف العلما في المقدار الذي يجب فيه القطع قال بعضهم اذا سرق فلسا
يقطع كذا في شرح الطحاوي وعن الحسن البصري يقطع في القليل والكثير وهو قول الخوارج
كذا في شرح الاقطع وهو قول داود الاصفهاني ايضا كذا ذكره الفقيه ابو الليث في شرح الجامع
الصغير واحتجوا باطلاق النص وقدر اصحابنا بعشرة دراهم ومالك في الموطا بثلاثة دراهم
وروي عنه خمسة دراهم وهو المروي عن ابي هريرة وابي سعيد الخدري كذا في الجامع الترمذي
وقال ابن ابي ليلى لا يقطع في اقل من خمسة دراهم كذا قاله الحاكم الشهيد في الكافي وما روي
عن ابي هريرة وابي سعيد باربعين درهما ليس بصحيح والشافعي قدر بربع دينار مسكوكا يقوم
به السلع وعند احمد ربع دينار من العين او ثلاثة دراهم من الورق او قيمته ثلاثة دراهم ثم
هذا الاختلاف انما نشا باعتبار انه لم يقطع على عهد رسول الله عليه السلام الا يد سارق المجن
واختلف الرواة في تقديره فبعد ذلك بعض العلما اخذوا بالاقل وبعضهم اخذوا بالاكثر
والدليل على ذلك ما روى البخاري في الصحيح باسناده الى هشام عن ابيه قال اخبرتني عائشة رضي الله
عنها ان يد السارق لم تقطع على عهد النبي عليه السلام الا في ثمن مجن حجفة او ترس ثم ان مالكا روى عن
نافع عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما ان رسول الله عليه السلام قطع سارقا في مجن ثمنه ثلاثة دراهم
والشافعي احتج بما روي عن عمرة عن عائشة رضي الله عنها موقوفا ومرفوعا ان النبي عليه السلام
كان يقطع في ربع دينار فصاعدا كذا قال ابو عيسى في جامعه واصحابنا احتجوا بما روي في السنن
وشرح الآثار مسندا الى عطا عن ابن عباس رضي الله عنهما قال قطع رسول الله صلى الله عليه
وسلم في مجن قيمته دينارا او عشرة دراهم واصحابنا رجحوا هذا لان في العشرة يجب القطع
بالاجماع وفيما دونها خلاف والاخذ بالمجمع عليه اولى من الاخذ بما فيه خلاف لان ادنى
درجات الخلاف ايراث الشبهة والحدود تندرئ بالشبهات ولان في الاقل شبهة عدم الجناية
ولا حد مع الشبهة يؤيده ما روي في الجامع الترمذي عن ابن مسعود رضي الله عنه انه قال لا قطع
الا في دينار او عشرة دراهم ثم تكلم علماؤنا في الدراهم هل يشترط عشرة دراهم مضروبة ام لا
نقل صاحب الهداية لفظ القدوري وقيد الدراهم بالمضروبة كما رويناه اولا ثم قال واسم
الدراهم منطلق على المضروبة فهذا يبين لك اشتراط المضروب كما قال في الكتاب وهو ظاهر
الرواية يعني ان اسم الدراهم المذكورة في الحديث يدل على كون المضروبة شرطا في وجوب
القطع كما قال القدوري في مختصره حتى لو سرق تبرا وزنه عشرة قيمته انقص من عشرة
مضروبة لا يجب القطع وهذا صحيح لكن في نقله عن القدوري نظر لان الشيخ ابا نصر ذكر
في الشرح الكبير وهو تلميذ القدوري رواية المختصر ولم يقيد بالمضروبة بل اثبت
الرواية بقوله مضروبة او غير مضروبة ثم قال اما قول صاحب الكتاب عشرة دراهم
مضروبة او غير مضروبة فهو قول ابي حنيفة ثم قال وروى بشر عن ابي يوسف وابن سماعة عن
محمد فيمن سرق عشرة دراهم تبرا لا يقطع وقال في التحفة ذكر ابو الحسن الكرخي انه يعتبر
عشرة دراهم مضروبة وكذا روي عن ابي يوسف ومحمد انه لا يقطع في عشرة دراهم تبر

مالم تكن مضروبة وروى الحسن عن أبي حنيفة إذا سرق عشرة مما تروج بين الناس قطع فهذا يدل
على أن النبهرج إذا كان رائجا يقطع إلى هنا لفظ التحفة ثم قالوا يعتبر أن يكون الدراهم وزن سبعة
وهو أن يكون العشرة من الدراهم وزن سبعة مثاقيل من الذهب فوزن درهم أربعة عشر قيراطا
ووزن دينار عشرون قيراطا ومائتا درهم وزن مائة وأربعين مثقالا لأن وزن كل مثقال درهم
وثلاثة أسباع درهم وقد عرفت في كتاب الزكاة أكثر من هذا وعلى ذلك استقر الأمر في ديوان
عمر رضي الله عنه وتعلق الأحكام بهذه الدراهم كنصاب الزكاة ومقادير الديات قال في شرح الطحاوي
يعتبر قيمة السرقة وقت السرقة ووقت القطع في رواية الكرخي فإنه قال في مختصره لا يقطع السارق
حتى يكون قيمة ما سرق يوم السرقة عشرة دراهم ويوم القطع عشرة دراهم ويكون القيمة كذلك
في الوجهين جميعا إلا إذا كان النقصان لعيب دخله أو ذهب بعض العين وإن كان النقصان
في السعر لم يقطع وكذلك إذا سرق في بلد فأخذ في بلد آخر والقيمة فيه أنقص لم يقطع حتى تكون
القيمة في البلدين جميعا في السعر عشرة دراهم وفي رواية الطحاوي يعتبر قيمته وقت الإخراج
حتى أنه لو نقصت قيمته فصارت أقل فإنه يقطع ثم لا بد من اشتراط حرز لا شبهة فيه أما الحرز
فلقوله عليه السلام لا قطع في حريسة الجبل فيها غرم مثلها وجلدات نكالا فإذا آواها المراح
ففيها القطع ولأن الأخذ من غير الحرز يسمى التقاطا لا سرقة أما اشتراط عدم الشبهة فلأن الشبهة
تدرأ بها الحدود لقوله عليه السلام ادرؤوا الحدود بالشبهات والحرز المكان الحريز وهو الذي
يحرز فيه الشيء أي يحفظ والمراد من الحرز ما لا يعد صاحبه مضيعا والحريسة ما اسرح به في الجبل
كذا قال ابن دريد وقال أبو عبيد الحريسة تفسر تفسيرين فبعضهم يجعلها السرقة نفسها يقال
حرس يحرس حرسا إذا سرق فيكون المعنى أنه ليس فيما يسرق من الماشية بالجبل قطع حتى يؤويها
المراح والتفسير الآخر أن يكون الحريسة هي المحروسة فيقول ليس فيما يحرس بالجبل قطع لأنه
ليس بموضع حرز وإن حرس ثم اعلم أن المعتبر عندنا بالدراهم لا بالدنانير ولهذا قال في شرح
الطحاوي إن سرق عشرة دراهم نبهرجة أو زيوفا أو ستوقة لا يجب القطع حتى يبلغ قيمته عشرة
دراهم جيادا وكذلك إذا سرق دينارا قيمته أقل من عشرة دراهم لا يجب القطع وكذلك إذا سرق
نصف دينار قيمته عشرة دراهم وجب القطع قوله أو ما يبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة بجر
مضروبة على أنها صفة دراهم كما في قوله تعالى إني أرى سبع بقرات سمان ويجوز النصب على
أنها حال من نكرة متقدمة **قوله** بالمال الخطير يقال رجل خطير إذا كان ذا خطر أي قدر
وكذلك كل متاع نفيس خطير كذا قال ابن دريد **قوله** ركنه أي ركن السرقة وهو الأخذ على الخفية
وتذكير الضمير على تأويل السرق لأنهما بمعنى **قوله** لهما أي لمالك والشافعي في ثمن المجن وهو
الترس سمي به لستره صاحبه من جنه الليل وأجنه وجن عليه أي ستره والحجفة الترس
الصغير يطارق بين جلدين كذا في المجمل **قوله** عند أن الشافعي كان يقول قيمة الدينار
على عهد رسول الله عليه السلام اثني عشر درهما والثلاثة ربعها أي ربع اثني عشر درهما
ولقائل أن يقول سلمنا أن الدينار كان كذلك والثلاثة كذلك ولكن لا نسلم أنه إذا كان كذلك يلزم
منه اشتراط ربع الدينار لوجوب القطع فلا بد من بيان آخر ونحن ذكرناه آنفا **قوله**
سرق عشرة تبرا التبر ما كان من الذهب والفضة غير مصوغ كذا قال صاحب ديوان الأدب
قوله والمعتبر وزن سبعة مثاقيل مر ذكره آنفا **قوله** يعتبر قيمته بها أي قيمة غير الدراهم
بالدراهم **قوله** وسنبينه من بعد أي سنبين الحرز في فصل الحرز إن شاء الله تعالى **قوله** ه

والعبد

والعبد والحر في القطع سواء هذا لفظ القدوري في مختصره وإنما كانا سواء لعموم النص
قال تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا ولم يفصل بين العبد والحر فيجب
على العبد مثل ما وجب على الحر ولأنه عقوبة لا تحتمل التجزئة للتعذر فيستويان كما في القصاص
قوله ويجب القطع بإقراره مرة واحدة وهذا لفظ القدوري وهو قول أبي حنيفة
ومحمد رحمهما الله وعند أبي يوسف يشترط الإقرار مرتين وهو قول ابن أبي ليلى كذا قال الحاكم
الجليل الشهيد في الكافي وكذا يشترط أبو يوسف الإقرار مرتين في شرب الخمر أيضا كذا في المختلف
وروي عنه أنه لا يجب القطع حتى يقر مرتين في مكانين مختلفين كذا ذكر الفقيه أبو الليث في
شرح الجامع الصغير وذكر بشر رجوع أبي يوسف إلى قولهما وجه قول أبي يوسف ما روي
في السنن وشرح الآثار مسندا إلى أبي أمية المخزومي أن النبي عليه السلام أتي بلص قد اعترف
اعترافا ولم يوجد معه متاع فقال رسول الله عليه السلام ما إخالك سرقت قال بلى يا رسول
الله فأعاد عليه رسول الله مرتين أو ثلاثا فأمر به فقطع فعلم بهذا أن الإقرار مرة واحدة
لا يوجب القطع ولهذا لم يوجب الحد في الزنا بإقرار مرة واحدة لما أن النبي صلى الله عليه وسلم
اعتبر الإقرار أربع مرات ولأن الإقرار إحدى الحجتين فيعتبر بالأخرى أعني بالشهادة كما اعتبر
الإقرار بالشهادة في الزنا أعني لما كان عدد الشهود في الزنا أربعة كان عدد الإقرار أيضا أربعة
وهنا عدد الشهود اثنان فينبغي أن يكون عدد الإقرار اثنين أيضا ولهما ما حدث الطحاوي في شرح
الآثار بإسناده إلى علي بن أبي طالب رضي الله عنه أن رجلا أقر عنده بسرقة مرتين فقال قد شهدت
على نفسك شهادتين فأمر به فقطع وعلقها في عنقه ولأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ما حدث الطحاوي
في شرح الآثار بإسناده إلى أبي هريرة قال أتي بسارق إلى النبي عليه السلام فقالوا يا رسول الله
إن هذا سرق فقال ما إخاله سرق فقال السارق بلى يا رسول الله قال اذهبوا به فاقطعوه
ثم احسموه ثم ائتوني به قال فذهب به فقطع ثم حسم ثم أتي به فقال تب إلى الله عز وجل فقال تبت
إلى الله عز وجل فقال تاب الله عليك فعلم أن التكرار ليس بشرط وما روي عن النبي عليه السلام
أو عن علي رضي الله عنه من التكرار أمر اتفاقي لا قصدي ولأن السرقة تظهر بمرة فلا حاجة
إلى التكرار ولهذا لا يعتبر التكرار في الإقرار بالقصاص وحد القذف بالاتفاق ثم التكرار في الإقرار
بالسرقة إما أن يكون لأجل الحد أو لأجل المال فإن كان للأول فلا فائدة للتكرار لأن الإقرار وإن
تعدد وتكرر يسقط الحد بالرجوع لأنه حق الله كحد الزنا وإن كان للثاني فلا فائدة فيه أيضا لأنه
لا يصح الرجوع وإن لم يتكرر الإقرار لوجود المكذب في حق المال وهذا معنى قوله وباب الرجوع
في حق الحد لا ينسد بالتكرار إلى آخره ولا يصح قياس الإقرار بالسرقة على الإقرار بالزنا في اشتراط
العدد لأن ذلك ثبت بخلاف القياس فلا يقاس عليه غيره **قوله** قال ويجب بشهادة شاهدين
أي قال القدوري في مختصره ولفظه فيه يجب القطع بإقراره مرة واحدة أو بشهادة شاهدين
أما ثبوته بالإقرار مرة واحدة ففيه خلاف قد مر بيانه آنفا وأما ثبوته بشهادة شاهدين ه
فبالإجماع لتظهر السرقة ولأن القطع عقوبة يتعلق استيفاؤها بمطالبة الآدمي فتثبت بالشهادة
كالقصاص **قوله** وينبغي أن يسألهما الإمام عن كيفية السرقة وماهيتها وزمانها ومكانها ه
لزيادة الاحتياط أما السؤال عن الكيفية بأن يقال كيف سرق فلاحتمال أنه نقب البيت فأدخل
يده وأخذ المتاع فحينئذ لا يقطع على ظاهر الرواية خلافا لما روي عن أبي يوسف
في الأمالي وكذا إذا ناول صاحبا له على الباب لا يقطع واحد منهما لأنه في الأول مختلس لأنه لم يهتك الحرز

لان هتك الحرز في البيت لا يكون الا بالدخول بخلاف صندوق الصيرفي وفي الثانية لم يوجد الفعل الموجب للقطع على التمام من كل واحد منهما بخلاف ما اذا رمى الثوب من البيت الى الطريق ثم خرج واخذه حيث لا يقطع لان الفعل الموجب للقطع تم به وحده واما السوال عن الماهية بان يقال ما هي فلا فلاحتمال ان المسروق شي تافه او ما يتسارع اليه الفساد او مال ذي رحم محرم منه او مال فيه شركة للسارق او مال احد الزوجين او دراهم المديون اخذها السارق بعد حلوله او اقل من قدر النصف ويحتمل ان الشاهدين سمياه الى السرقة لاستراق الكلام كما قال تعالى الا من استرق السمع او لانه لم يعتدل في الركوع والسجود وقد ورد في الحديث ان اسوا الناس سرقة من يسرق من صلاته فلا بد اذن من السوال عنها واما السوال عن الزمان بان يقال متى سرق فلاحتمال التقادم لان التقادم في الحدود الخالصة حقا لله تعالى يبطل الشهادة للتهمة بخلاف الاقرار لعدم التهمة قال بعضهم في شرحه في هذا الموضع ما ذكر في الكتاب مطلقا من قوله وزمانها مخصوص بما اذا ثبتت السرقة بالبينة وهذا الكلام عجيب منه لان المصنف اجرى كلامه في سوال الشاهدين عن زمان السرقة وقد صرح بذلك فكيف يكون مطلقا عن البينة واما السوال عن المكان فلاحتمال انه سرق في دار الحرب او سرق من مستامن في دارنا لا قطع فيه استحسانا لان حرمة ماله موقتة لا موبدة او سرق من غير الحرز او من بيت اذن له بالدخول فيه او من حمام نهارا او بالليل يقطع لانه لا يوذن بالدخول في الليل ذكره في شرح الطحاوي **قوله** ويحبسه الى ان يسال عن الشهود للتهمة بالنصب عطفا على قوله ان يسالهما يعني ينبغي ان يحبس الامام السارق لانه صار متهما بالسرقة تعزيرا عليه وقد حبس رسول الله عليه السلام رجلا بالتهمة وقد مر ذلك في اول كتاب الحدود وانما يحبسه الى ان يسال عن عدالة الشهود لان التوثق بالكفالة ليس بمشروع فيما مبناه على الدرء والقطع قبل التعديل لا يجوز لعدم التلافي اذا وقع الغلط فتعين الحبس كيلا يفوت الحق بالهرب قال الحاكم الشهيد في الكافي فان زكي الشاهدان والمسروق منه غايب لم يقطعه الا بحضرته وان كان حاضرا والشاهدان غايبان لم يقطع ايضا حتى يحضروا وقال ابو حنيفة بعد ذلك يقطع وهو قول ابي يوسف ومحمد وكذلك الموت وكذلك هذا في كل الحدود سوى الرجم وبعض القصاص اي يحضروا استحسانا الى هنا لفظ الحاكم **قوله** قال واذا اشترك جماعة في سرقة فاصاب كل واحد منهم عشرة دراهم قطع وان اصابه اقل لا يقطع اي قال القدوري في مختصره وقوله اقل اي اقل من عشرة دراهم فحذف للعلم به كما في قوله تعالى يعلم السر واخفى اي اخفى من السر هذا الذي ذكره فيما اذا لم يكن في الجماعة صبي او مجنون او اخرس او ذو رحم محرم من صاحب المال وان كان واحد منهم في الجماعة فلا قطع وعند ابي يوسف ان ولي الصبي او المجنون اخراج المتاع فلا قطع وان ولي غيرهما قطع الباقي ذكره القدوري في شرحه له ان المتبوع والمقصود فعل من ولي الاخراج ولنا ان اخذ الشركا لم يجب عليه فلا يجب على غيره كالمخطي والعامد اذا اشتركا في القتل العمد وقال مالك اذا اشترك جماعة في سرقة نصاب وجب القطع عليهم والنصاب ثلاثة دراهم عنده وقد مر وله ان الفعل الموجب للقطع سرقة نصاب وقد وجد فيقطعون ولنا ان كمال النصاب لم يوجد في حق كل واحد منهم فلا يقطعون فصار كما لو سرق كل واحد بانفراده ما دون النصاب ولا يرد علينا ما اذا قتل جماعة واحدا حيث يجب القصاص عليهم لان القصاص متعلق باخراج الروح وذلك معنى لا يتجزى فصار فعل كل واحد منهم كالفاعل لجميعه والمال يتجزى ويتبعض فصار فعل كل واحد منهم حال الاشتراك كفعله حال الانفراد ففي حال الانفراد لا قطع فيما دون النصاب فكذا في حال الاشتراك بخلاف ما اذا سرق واحد عشرة

دراهم

دراهم من عشرة حيث يقطع وهي مسئلة المبسوط لان الفعل الموجب للقطع كمال النصاب وقد وجد والله اعلم بالصواب

باب ما يقطع فيه وما لا يقطع

لما فرغ عن تفسير السرقة وشروطها وما يتعلق بها شرع في بيان المحل الذي يقع عليه السرقة حيث يوجب القطع ولا يوجبه لكن كان ينبغي ان يذكر المسئلة المتقدمة في هذا الباب لانها تدخل في قسم المعطوف عليه اذا اصاب كل واحد من الجماعة عشرة دراهم وتدخل في قسم المعطوف من ان اصابه اقل من ذلك **قوله** لا قطع فيما يوجد تافها مباحا في دار الاسلام كالخشب والحشيش والقصب والسمك والطير والصيد والزرنيخ والمغرة والنورة وهي مذكورة في الجامع الصغير قال في شرح الطحاوي الاصل في هذا ان كل ما يوجد مباح الاصل في دار الاسلام ولم يوجد فيه صنعة تربي قيمته على قيمة الاصل ولم تجر العادة باحرازه لم يجب القطع واما الساج والابنوس فانه يقطع فيهما لان العادة جارية باحرازهما فكذلك لا يقطع في الزرنيخ والنورة والجص والمغرة لان هذا كله يوجد مباح الاصل وكذلك الوسمة والحنا وقيل ان في الوسمة والحنا يقطع في بلادنا لانه قد جرت العادة باحرازهما ويقطع في الخشب اذا كان معمولا لانه وجد فيه صنعة تربي قيمته على قيمة الاصل هذا كله من شرح الطحاوي وهو ظاهر الرواية عن اصحابنا وروي عن ابي يوسف في نوادر هشام انه قال انا اقطع في كل شي سرق الا في التراب والسرقين قال في شرح الاقطع وهو قول الشافعي وزعم اصحابه ان في الما والتراب وجهين وروي عن ابي يوسف في الهارونيات قال اقطع في كل شي الا في الحشيش وفي الاملا قال ابو يوسف يقطع في كل شي الا في الما والتراب والطين والجص والمعازف والنبيذ والاصل هنا ما روي في السنن مسندا الى رافع بن خديج انه سمع رسول الله عليه السلام يقول لا قطع في ثمر ولا كثر والكثر جمار النخل كذا في الجمهرة وغيرها وقيل صغار النخل والمعنى فيه انه يوجد تافها وروي عن عايشة رضي الله عنها انها قالت كان لا يقطع على عهد رسول الله في الشي التافه وعن عثمان وعلي لا قطع في الطير وجه ما روي عن ابي يوسف انه مال متقوم فصار كاللولو والياقوت وهو محجوج بما روينا فاقول ينبغي ان يجب القطع في الزرنيخ لانه يحرز ويصان في دكاكين العطارين كساير الاموال بخلاف الخشب فانه يلقى خارج الدار وانما يدخل فيها للعمارة فكان احرازه ناقصا والتافه الحقير واليسير كذا في ديوان الادب والمباح ما يتخير فيه العاقل بين التحصيل والترك والمغرة وهي الطين الاحمر وفيها لغات الثلاث تحريكها والخبن وتكون لتسكين غينها والنورة معروفة بالواو ولا بالهمز **قوله** وما يوجد جنسه مباحا في الاصل بصورته غير مرغوب فيه حقير وكلمة ما موصولة وقع مبتدا اخبر حقير وصلته الجملة الفعلية الواقعة بعده وفيها ضمير راجع اليه وقوله غير مرغوب بنصب غير على انه صفة قوله مباحا وانما قيد بقوله مباحا في الاصل بصورته احترازا عن الخشب المعمول فصنعة ادها بابا ونحو ذلك فان فيه القطع وكذا يجب القطع في الحصر البغدادية وان كان اصلها يوجد مباحا لان صورتها تغيرت عما كانت بالصنعة المتقومة وانما قيد بقوله غير مرغوب فيه احترازا عن الذهب والفضة لوجود الرغبة فيهما فانتفى الحقارة عنهما وكذا اللولو وساير الجواهر **قوله** لا يتضن به اي لا يبخل به ضنا ويجي بفتح الضاد في المضارع وكسرها جميعا **قوله** فقلما يوجد اخذه على كره من المالك اي قليل لحاق المشقة بالمالك اذا اخذ احد ما يوجد جنسه مباحا في الاصل بصورته غير مرغوب فيه لان الضنة بالاشيا الحقيرة من غاية دناة الهمة وخسة النفس فلا حاجة اذن الى شرع الزاجر باخذ خفية لوجود الرضا من المالك غالبا يقال الكره والكره لغتان بمعنى المشقة كالضعف والضعف

وكتابة فلما وطال موصو له على ما نقل المطرزي في الايضاح عن ابن جني ولكن ابن درستويه
لم يجوز ان يوصل شي من الافعال ما سوى نعم وبئس هذا اذا كانت كافة وان كانت مصدرية فليس
الا العمل وقيل الكره المشقة والكره ان يكلف الشي فيعمله كارها **قوله** وكذا الشركة العامة
التي كانت فيه وهو على تلك الصفة تورث الشبهة هذا ايضاح لنقصان الحرز فيما يوجد جنسه مباحا
في الاصل بصورته غير مرغوب فيه عطفا على قوله الا ترى ان الخشب يلقى على الابواب يعني ان جميع
الناس كانوا فيه سواء قبل وجود يد الاختصاص لواحد منهم فبعد وجود الاختصاص اورثت
تلك الشركة الشبهة لان الشي على صورته كما كان لم يتغير بصنعة متجددة فصار كمال بيت المال والغنيمة
فلم يجب القطع للشبهة **قوله** ويدخل في السمك المالح والطري اي يدخل في اطلاق القدوري لفظ
السمك رطبة ويابسه وهو المالح المقدد نص الكرخي على ذلك يقال سمك مليح ومملوح ولا تلتفت الى قول
الراجز بطعمها المالح والطري ذاك مو لدلا يوخذ بلغته كذا قال ابن دريد **قوله** وفي الطير
الدجاج والبط والحمام اي يدخل في اطلاق القدوري لفظ الطير الدجاج والبط والحمام يعني لا قطع
في سرقة الطير اصلا قال في شرح الطحاوي ولا قطع على سارق الطير سواء كان صيد البر او صيد البحر
وقال في شرح الجامع الصغير رجل سرق طايرا يساوي عشرة دراهم لا يقطع قال الفقيه ابو
الليث في شرح الجامع الصغير اختلف المشايخ فيه قال بعضهم اراد به الطاير الذي يكون صيدا
سوى الدجاج والبط فيجب فيهما القطع لانه يعني الاهلي وقال بعضهم لا يجب القطع في جميع الطيور
وهذا القول اصح ثم قال وذكر في كتاب المجرد لو سرق شيا من الدجاج او البط او الحمام لا يجب القطع
قوله لما ذكرنا اشارة الى قوله والطير يطير والصيد يفر يعني ان الطيران والفرار يدل على
نقصان الحرز فلم يقطع لهذا لانه صار كالشي التوي لا يبلغ **قوله** ولا طلاق قوله عليه السلام لا
قطع في الطير رواه البيهقي عن عثمان وعلي رضي الله عنهما وفي اسناده الى النبي عليه السلام نظر **قوله**
والحجة عليهما ما ذكرناه اي الحجة على ابي يوسف والشافعي ما ذكرنا من حديث عايشة **قوله** ولا
قطع فيما يتسارع اليه الفساد كاللبن واللحم والفواكه الرطبة اي قال القدوري في مختصره وعن ابي
يوسف ان عليه القطع وبه قال الشافعي كذا في شرح الاقطع لابي يوسف ما روي في شرح الاثار ان
رسول الله عليه السلام سيل عن الثمر المعلق فقال لا قطع فيه الا ما اواه الجرين وبلغ ثمن المجن
ففيه القطع وما لم يبلغ ثمن المجن ففيه غرامة مثله وجلدات نكال وروي في الصحيح البخاري عن
ابي هريرة عن النبي عليه السلام قال لعن الله السارق يسرق البيضة فتقطع يده ولنا ما روي
في السنن مسندا الى رافع بن خديج انه سمع رسول الله عليه السلام يقول لا قطع في ثمر ولا كثر
وروى الحاكم الشهيد في الكافي عن الحسن البصري قال قال رسول الله عليه السلام لا قطع في طعام
والمراد الطعام الذي لا يبقى ويتسارع اليه الفساد وفي معناه فصار كاللحم والثمر بدليل وجوب
القطع في الحنطة والسكر بالاجماع والجواب عما رواه ابو يوسف فنقول المراد مما اواه الجرين
الفواكه اليابسة اجرا للكلام على وفاق العادة ففيها القطع في الرواية المشهورة عن ابي حنيفة
وعنه انه لا قطع فيها ايضا ذكره القدوري في شرحه لمختصر الكرخي وفسر البيضة ببيضة
الحديد لا ببيضة الطير لانها لا تبلغ نصابا في العادة وهذا التفسير روي عن الاعمش في
الصحيح البخاري قال ابو عبيد الكثر جمار النخل في كلام الانصار وهو الجذب ايضا وقال ابن
دريد اهل العراق يسمون الجمار الجذب وقال صاحب الهداية وقيل الودي والودي هو
هو الفسيل وهو صغار النخل فاقول تفسير الجمار بالودي لم يثبت في قوانين اللغة والجمار شحم

النحل

النخل كذا ذكر صاحب ديوان الادب وهو شي ابيض رخص يوكل مثل لسان الثور وقال ابو عبيد في كتاب
غريب الحديث الجرين هو الذي يسميه اهل العراق البيدر واهل الشام الاندر واهل البصرة الجوخان
وقد يقال له ايضا بالحجاز المربد وقال في المغرب الجرين المربد وهو الموضع الذي يلقى فيه الرطب ليجف
وجمعه جرن وجران البعير مقدم عنقه من مذبحه الى منحره والجمع جرن لمجاز ان يسمى به ههنا الجرين
المتخذ منه **قوله** والمراد والله اعلم ما يتسارع اليه الفساد اي المراد من الطعام المذكور في قوله
عليه السلام لا قطع في الطعام **قوله** كالمهيا للاكل نظير قوله ما يتسارع اليه الفساد والمهيا
المعد وما في معناه اي في معنى المهيا للاكل وهو عطف على قوله كالمهيا وقوله كاللحم والثمر فيه لف
ونشر لان قوله كاللحم نظير قوله كالمهيا للاكل وقوله والثمر نظير قوله ما في معناه **قوله**
وفيه القطع اي وفي اليابس من الثمر **قوله** ولا قطع في الفاكهة على الشجر والزرع الذي لم يحصد
وهذه من مسايل القدوري وذلك لقوله عليه السلام لا قطع في ثمر ولا كثر ولانه يسرع
اليه الفساد فكان معنى المالية ناقصا ولان شرط القطع هتك الحرز ولم يوجد الحرز قال في شرح
الطحاوي ولا قطع على سارق الحنطة في سنبلها لان هذا مال ظاهر غير محرز فاذا كان محرزا
يقطع الا اذا كان في عام السنة لا يقطع لانه سرق مناولا الى هنا لفظه يعني اذا كان في عام القحط لا
يقطع سارق الحنطة وان كان محرزا لانه يأول دفع ضرورة المخمصة وقد جاء في حديث عمر رضي
الله عنه لا قطع في عام سنة ولا في عذق معلق **قوله** ولا يقطع في الاشربة المطربة
هذا لفظ القدوري في مختصره يقال اطربه فطرب والطرب ان يستخفه فرح او حزن قال الشاعر
وارا في طربا في اثرهم طرب الواله او كالمختبل كذا فسره ابن دريد والمراد منه الاشربة المسكرة
وبذلك صرح فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير وانما لم يقطع منها لان بعضها حرام كالخمر
فيتأول سارقها اراقتها وبعضها مختلف في اباحته فيكون ذلك شبهة في سقوط القطع لان الاختلاف
في اباحته تورث شبهة في عدم المالية قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير في باب
الاشربة ما يتخذ من الحنطة والشعير والعسل والذرة حلال في قول ابي حنيفة حتى ان الحد
لا يجب منه وان سكر في قوله وروي عن محمد ان ذلك حرام يجب الحد بالسكر والباقي يعرف في
باب الاشربة وقال في سرقة الاصل يقطع في الخل ونقل الناطفي عن كتاب المجرد قال ابو حنيفة
لا قطع في الخل لان الخل قد صار خمرا مرة وفي نوادر ابي يوسف برواية علي بن الجعد لا قطع
في الرب والجلاب **قوله** ولا في الطنبور وهذا لفظ القدوري في مختصره قال في شرح الطحاوي
ولا قطع على سارق الملاهي كالدف والطبل والمزمار وغيرها لانه لا ضمان على كاسرها عند
ابي يوسف ومحمد فاوجب قصورا في ماليتها فصار ذلك شبهة في سقوط القطع وقال في الفتاوى
الولوالجي رجل سرق طبلا للغزاة وهو يساوي عشرة تكلموا فيه والمختار انه لا يقطع لانه كما يصلح
للغزو يصلح للهو فتمكنت الشبهة **قوله** لانه من المعازف قال في الجمهرة المعازف الملاهي فقال قوم
من اهل اللغة هو اسم يجمع العود والطنبور واشباههما وقال اخرون بل المعازف التي استخرجها
اهل اليمن الى هنا لفظ ابن دريد فيها **قوله** ولا في سرقة المصحف وان كان عليه حلية هذا
لفظ القدوري في مختصره وقال الحاكم الشهيد في الكافي ولا قطع على سارق المصحف وان كان مفضضا
كذا ذكر الطحاوي في مختصره ايضا وهذا ظاهر الرواية عن اصحابنا وروي عن ابي يوسف في
الاملاء يقطع سارق المصحف وبه اخذ الشافعي وروي عن ابي يوسف رواية اخرى انه
يقطع اذا بلغت الحلية نصابا لا ابي يوسف انه مال محرز يباع ويشترى فيجب فيه القطع وجه

الظاهر ان المقصود ما فيه من القرآن ومعنى المالية فيه تبع لا مقصود فكان احراز المصحف لما
فيه لا لاجل الجلد والاوراق والحلية والاخذ بنا ول النظر فيه والقراءة فكان ذلك شبهة
في سقوط الحد فان قيل ... يجب القطع في الاوراق قبل
الكتابة فبعدها اولى لانها زادت قيل ... الفرق بين الحالين ظاهر
لان الاوراق هي المقصودة قبل الكتابة فبعد الكتابة صارت تابعة لما فيها وما فيها ليس بمال
كالقلادة يجب فيها القطع فاذا سرق كلبا عليها القلادة لا تقطع لانها صارت تبعا للكلب وكالانية
المربية على النصاب اذا سرقها وفيها خمر لا يقطع قوله وانما هي توابع اي الجلد والاوراق
والحلية توابع قوله تربى اي تزيد قوله ولا يقطع في ابواب المسجد قال في الجامع الصغير
لا يقطع من سرق ابواب المسجد وهي من الخواص وذلك لانها ليست محرزة الا نرى انه لو سرق باب
دار انسان لا يجب فيه القطع وانما يجب فيه الضمان فهنا اولى ان لا يجب لان باب الدار يحرز به ما
فيها اما باب المسجد فلا يحرز به ما فيه ولهذا لا يقطع سارق متاع المسجد لانه ماذون بالدخول
فيه كابواب الناس قال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير فان اعتاد هذا الفعل اي سرقة ابواب
المسجد فيجب ان يعزر ويبالغ فيه ويحبس حتى يتوب قوله ولا الصليب من الذهب ولا الشطرنج
ولا النرد وهذا لفظ القدوري في مختصره اي لا قطع في هذه الاشيا وان كانت من ذهب وبه صرح
القدوري في شرح مختصر الكرخي وانما لا يقطع احدها لانه بتاول الكسر لانه يجوز له ذلك نهيا
عن المنكر ويضمن مثل ذهبه ووزنا بخلاف دراهم عليها تماثيل اذا سرقها من حرز يجب القطع لانها
ليست بمعدة للعبادة ولا للهو وعن ابي يوسف ان كان الصليب من مصلاهم لا يقطع لانه بيت ماذون
في دخوله وان كان في يد رجل منهم محرزا اعتبره قطع لان الذهب والفضة في نفسه يجب به القطع
والصنعة لا تؤثر في اسقاط القطع في الوجوه كلها كذا ذكر القدوري في شرحه والصليب شي
مثلث يعبده النصارى والصليب في شعر ابي خراش الهذلي يعني ودك الجيفة قال جريمة ناهض
في راس نيق ترى لعظام ما جمعت صليبا والشطرنج بكسر الشين على وزن قرطعب والمراد من
المصلى موضع صلاتهم قوله ولا قطع على سارق الصبي الحر وان كان عليه حلي وهذا لفظ القدوري
في مختصره وهذا ظاهر الرواية عن اصحابنا ولهذا لم يذكر الخلاف الحاكم الشهيد في الكافي وكذا لم
يذكر شمس الائمة البيهقي في الشامل في قسم المبسوط وصرح صاحب المختلف بانه ظاهر الرواية
ايضا وروي عن ابي يوسف يقطع فعلى هذا كان ينبغي ان يقول صاحب الهداية وعن ابي يوسف
يقطع اذا كان عليه حلي هو نصاب مكان قوله وقال ابو يوسف يقطع وجه تلك الرواية انه
سرق ما يجب فيه القطع وما لا يجب فيه القطع فانضمام ما لا يجب فيه القطع الى ما يجب فيه
القطع لا يسقط القطع كما لو سرق ثوبا خلقا لا يساوي نصابا وفيه عشرة دراهم مصرورة
ووجه الظاهر ان الصبي هو المقصود بالاخذ وهو ليس بمال دون ما عليه لانه تبع فلو كان المقصود
ما عليه لاخذه وترك الصبي فلما لم يفعل كذلك علم ان الصبي هو المقصود فلا يجب فيه القطع لعدم
المالية فاذا لم يجب القطع في المقصود لا يجب في التبع على انا نقول ان اللص يستدل من التاويل انه
اراد حمله الى من يرضعه او اراد اسكاته وجوابه عن قياسه ان السارق اذا علم الدراهم يقطع وان
لم يعلمها فلا يقطع نص عليه الحاكم الشهيد في الكافي لان المقصود في الاول الدراهم وفي الثاني الثوب
قوله وان كان عليه حلي الحلي بفتح الحا وسكون اللام على وزن ظبي كل ما ليس من ذهب او فضة
او جوهر وجمعه حلي بضم الحا وكسر اللام وتشديد اليا ويجوز كسر الحا ايضا وجمع الحلية حلى

بالكسر والقصر وروي ضم الحا ايضا وليس بقياس قوله حلي هو نصاب الحلي هنا مفرد بدلالة
افراد الضمير وتذكيره بسرقته اي بسرقة الحلي الذي هو نصاب فكذا مع غيره اي فكذا يقطع اذا
كان الحلي مع غيره وهو الصبي قوله والخلاف في صبي لا يمشي ولا يتكلم كيلا يكون في يد نفسه
وذلك لان الصبي اذا كان يتكلم ويمشي يكون في يد نفسه فحينئذ لا يقطع اللص اتفاقا وبه صرح
البيهقي في كفايته قوله ولا قطع في سرقة العبد الكبير وهي من مسايل القدوري قال الحاكم الشهيد
في الكافي وان سرق صبيا صغيرا مملوكا لا يعقل قطع فيه في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو
يوسف استحسن ان لا اقطعه وان كان يعقل ويتكلم لم يقطع فيه في قولهم جميعا لانه غصب او
خديعة الى هنا لفظه له انه ادمي من وجه مال من وجه فصار كونه ادميا شبهة في سقوط
الحد كالعبد الكبير ولهما ان حقيقة السرقة وهي اخذ مال متقوم لاجنبي خفية من حرز لا شبهة فيه
وهو قاصد للحفظ قد وجدت فيجب القطع لانه لا يد له على نفسه فصار كالبهيمة بخلاف ما اذا
كان يعقل ويتكلم فانه في يد نفسه وسرقته ليست بسرقة في الحقيقة بل غصب او خداع ولا
قطع في ذلك قوله الا اذا كان يعبر عن نفسه استثنا من قوله يقطع يعني لا يقطع اذا كان يعبر
عن نفسه بان يعقل ويتكلم اتفاقا قوله او يعرض انه يصير منتفعا به يعني ان العبد الصغير
مال اما لكونه منتفعا به في الحال ان كان يتكلم ويمشي واما لكونه يعرض انه سيصير منتفعا به ان
كان لا يتكلم ولا يمشي في الحال والعرض بمعنى العارض يقال تعرض له عرض اي اصابه عارض من
مرض او نحو ذلك قوله ولا قطع في الدفاتر كلها ولفظ القدوري ولا قطع في الدفاتر كلها الا في دفاتر
الحساب وروى القدوري في شرحه عن ابي يوسف انه يقطع والمراد بالدفاتر صحايف فيها كتابة من عربية
او شعر او حديث او تفسير وغير ذلك وانما لم يجب القطع في ساير الدفاتر لان المقصود من اخذها هو
ما فيها لا نفس الاوراق وما فيها ليس بمال فلا يجب القطع في غير المال بخلاف دفاتر الحساب وهي دفاتر
اهل الديوان حيث يقطع فيها اذا بلغت نصابا فان المقصود من اخذها الاوراق لا ما فيها فيجب القطع
لان الاوراق مال قوله قال ولا في سرقة كلب ولا فهد اي قال القدوري في مختصره لا قطع في
سرقتهما لان جنس ذلك يوجد مباحا اصلها في دار الاسلام ولا قطع في التافه وقد مر بيانه ولان في
ماليتها قصورا لانه لا يجوز بيعها عند الشافعي فكان القصور شبهة في سقوط القطع قوله
ولا قطع في دف ولا طبل ولا بربط ولا مزمار وهذه من مسايل القدوري الا انه لم يذكر في مختصره
البربط وقال في الجامع الصغير قال ابو حنيفة في الذي سرق بربطا او طبلا لا يقطع وهذه كلها الات
اللهو معروفة والدف بضم الدال وفتحها جميعا كذا ذكر ابن دريد ولا قطع في هذه الاشيا لا اتفاقا
اما عندهما فظاهر لعدم التقوم ولهذا لا ضمان على متلفها عندهما واما عند ابي حنيفة وان كان
يجب الضمان لغير الملاهي فلا قطع على سارقها لان له ان يتاول في الاخذ الكسر نهيا عن المنكر وفي
طبل الغزاة اختلاف المشايخ والاصح انه لا يقطع لان صلاحيته للهو صارت شبهة وقد مر عند ذكر
الطنبور قوله ويقطع في الساج والقنا والابنوس والصندل هذا لفظ القدوري في مختصره
وذلك لان هذه الاشيا لا توجد مباحة في دار الاسلام وهي تحرز وتعد من اعز الاموال وانما توجد
مباحة في دار الحرب ولا يكون ذلك شبهة في سقوط القطع لان ساير الاموال من الدراهم والدنانير
مباحة في دار الحرب ومع هذا يقطع فيها في دارنا والساج نوع من الشجر معروف يحمل من بلاد الهند
الى ساير البلاد والقنا جمع قناة وهي خشبة الرمح الفها منقلبة من الواو والابنوس بفتح البا معروف
وهو معرب قوله ويقطع في الفصوص الخضر والياقوت والزبرجد وهذه من مسايل الجامع

الصغير قال الحاكم الشهيد في الكافي ويقطع في اللؤلؤ والياقوت والزمرد والفيروزج ولا يقطع
في الزجاج وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير ذكر هشام عن محمد انه لا قطع في اللؤلؤ
والياقوت ونحو ذلك لان اصله مباح كالفيروزج ونحوه وجه الظاهر انها اموال نفيسة ليست توجد
في دار الاسلام مباحة بصورتها غير مرغوب فيها فصارت كالذهب والفضة وانما لا يقطع في الزجاج
لانه يسرع اليه الكسر فكانت قصاقل المالية هذا هو ظاهر الرواية في الزجاج وذكر في شرح الاقطع
رواية اخرى عن ابي حنيفة ان فيه القطع كالخشب اذا عمل منه اواني **قوله** واذا اتخذ من الخشب
اواني وابواب قطع فيها وهذا لفظ القدوري في مختصره يعني بالخشب ما ليس فيه قطع فاذا اتخذ من
الخشب الذي لا قطع فيه اواني كالقصاع ونحوها او ابواب فسرقت من حرز يجب القطع فيها وذلك
لان الصنعة الغالبة اخرجته من حكم اصله فالتحق بالاموال النفيسة بخلاف البواري والاجره
والفخار حيث لا يجب القطع فيها لان البواري من القصب والاجر والفخار من الطين لم يغلب
الصنعة فيها على قيمتها ولهذا يلقى ويبسط الاجر والبواري في غير الحرز بخلاف الحصر البغدادية حيث
قالوا يجب القطع فيها اذا بلغت نصابا لغلبة الصنعة ثم انما يجب القطع في الباب اذا اسرق من حرز
اما اذا سرق وهو مركب على الجدار فلا قطع فيه لانه ظاهر غير محرز والى هذا اشار الحاكم الشهيد في
الكافي بقوله ويقطع في الساج وفي الابواب المعمولة اذا سرقت من حرز وقد كان صرح قبل هذا
اذا سرق باب دار او مسجد لم يقطع لانه ظاهر لم يحرز قال صاحب الهداية وانما يجب اذا كان
خفيفا لا يثقل على الواحد حمله لان الثقيل منه لا يرغب في سرقته اي انما يجب القطع في الباب
اذا كان خفيفا لا ثقيلا وفيه نظر لان عدم الرغبة في سرقته بواسطة الثقل لا تورث نقصانا
في المالية ولا في الحرز فان حصلت سرقة مال متقوم من حرز كامل فيجب القطع ولهذا لم يفرق
الحاكم بين الخفيف والثقيل بل اطلق الرواية وكذلك اطلقوا الرواية في نسخ الجامع الصغير
وشروحها وكذا القدوري اطلق في مختصره وفي شرحه لمختصر الكرخي ايضا وكذا اطلق في
الشامل في قسم المبسوط **قوله** ولا قطع على خائن ولا خائنة هذا لفظ القدوري في مختصره
قال فيه ولا قطع على خائن ولا خائنة ولا نباش ولا منتهب ولا مختلس الخائن والخائنة اسم فاعل وفاعلة
من الخيانة وهو ان ياخذ المودع شيء المأموت والانتهاب ان ياخذ الشيء علانية قهرا من بلدة او قرية
والاختلاس الاختطاف وهو ان ياخذ الشيء بسرعة والاسم الخلسة وفي المثل بين الحذياء والخلسة
ولا خلاف في هذه الجملة الا في النباش وسنذكره ان شاء الله تعالى بعد هذا وانما لم يجب القطع فيها لما
روي في السنن والجامع الترمذي مسندا الى رسول الله عليه السلام قال ليس على خائن ولا
منتهب ولا مختلس قطع رواه جابر ابن عبد الله ولان الرفاء قصر في الحيانة فكان شبهة في سقوط
القطع وفي الانتهاب والاختلاس لم يوجد معنى السرقة وهو الاخذ على الخفية فلا يثبت فيهما
حكم السرقة اما النباش فلا قطع عليه عند ابي حنيفة ومحمد ويقطع عند ابي يوسف وقال حماد بن
ابي سليمان يقطع النباش لانه دخل على الميت بيته ذكره في السنن وقال مالك في الموطأ اذا بلغ
ما اخرج من القبر ما يجب فيه القطع قطع وقال الشافعي لا قطع على النباش في تربة ضائعة
ويقطع اذا سرق الكفن من قبر قريب محرز محروس ومن مقابر البلاد وجهان وجب يجب
في الثوب الموضوع مع الكفن او الملفوف زيادة على العدد الشرعي وجهان ثم الكفن للوارث
فهو الخصم في السرقة وان كفنه اجنبي فالطلب للاجنبي وقال احمد بن حنبل اذا اخرج النباش
من القبر كفنا قيمته ثلاثة دراهم قطع لهم ما روي عن عائشة رضي الله عنها انها قالت سارق

امواتنا

امواتنا كسارق احيائنا وروي عن النبي عليه السلام انه قال من نبش قطعناه ولانه مال ماخوذ
عن خفية من حرز فيقطع فيه كما في الطرق وهذا لانه يجتهد حرز كل شيء بحرز مثله وهو ما يحفظ
فيه عادة ولهذا كان الصندوق حرز الدرع وكان الاصطبل حرز الدابة فيكون القبر حرز الكفن
ولنا ما روي محمد ابن الحسن في الاصل وقال بلغنا عن ابن عباس وعامة اصحاب النبي عليه السلام
ان مروان سالهم عن ذلك فلم يبينوا له فيه شيئا فعزره اسواطا ولم يقطعه فعلم بذلك ان قطع
النباش ليس بثابت عن رسول الله عليه السلام فلو كان ثابتا لبينه الصحابة حين سالهم مروان
ولم يخف عليهم مع كثرتهم ولان الكفن ليس بمملوك لاحد ولا محرز ولا قطع في اخذ غير المملوك
ولا في اخذ غير المحرز ولا يكون في اخذ الكفن قطع بيان انه ليس بمملوك لو كان مملوكا له
لا يخلو اما ان كان مملوكا للميت او للوارث وكلاهما باطل فلا يكون مملوكا وهذا لان الموت ينافي
المالكية اصلا والوارث لو نبش القبر واخرج الكفن يقطع عند الشافعي فلو كان ملكا له لم يقطع
لان الانسان لا يقطع في ملك نفسه وبيان انه ليس بمحرز لو كان القبر حرزا لوجب القطع
في مال اخر موضوع فيه فعلم انه ليس بحرز فاذا انتفى كونه محرزا لانه محال ان يكون محرزا
بلا حرز وقد ثبت الاجماع على كون الحرز شرطا لوجوب القطع وكذا كون المسروق مملوكا شرطه
وقد انتفيا جميعا فينتفي المشروط لا محالة ولان النبش جناية نادرة ينفر عنها الطباع السليمة
والكفن شيء مهين لا يميل اليه القرائح المستقيمة والسرقة جناية غالبة الوجود يميل اليها طباع
الناس ونفوس البشر لولا العقول المانعة والزاجر الشرعي فلا يجوز اثبات حكم السرقة في
النبش بالقياس لعدم المماثلة بينهما لوجود الفارق بخلاف المطرقان الحكم اذا ثبت في الادنى بطريق
الزجر ثبت في الاعلى بطريق الدلالة بالطريق الاولى كما ثبت حرمة الشتم والضرب والقتل لما
ثبتت حرمة التأفيف على انا نقول قد روي عن النبي عليه السلام انه قال لا قطع على المختفي
وهو النباش بلغة المدينة قال في ديوان الادب اختفاه اي اخرجه وقال في المجمل والمباش
مختف لانه يستخرج الاكفان وقولهم ان الكفن محرز بحرز مثله وهو ما يحفظ فيه عادة لا نسلم
ان الكفن وضع في القبر لحفظ الكفن بل لستر عورة الميت لا لبقاء الكفن فانه للبلاء والتلف لا
محالة فاذا لم يكن بقاء الكفن وحفظه مطلوبا فكيف يكون محرزا فان قيل
النبش سرقة والسرقة يجب فيها القطع فيجب في النبش القطع قلت
لا نسلم ان النبش سرقة فان كان هو اياها فلا يخلو اما ان كان لغة او شرعا فالاول منتف لان النبش هو
كشف التراب والسرقة اخذ مال الغير خفية في نومه او في غيبته والثاني منتف ايضا لان الشرع
لم يرد بان النبش سرقة على انا نقول الاصل في كل اسم ان يختص بمسمى على حدة لا ان يترادف الاسمان
على مسمى لان الترادف خلاف الاصل فمن ادعى الترادف فعليه البيان وتسمية النباش سارقا في حديث
عائشة مجازونا فيه لا يكذب الا ترى انها اضافت السرقة الى الميت فلا يخلو اما ان يكون الميت مسروقا او
مسروقا منه فالاول باطل لانتفاء سرقة الميت نفسه وكذا الثاني لان الميت ما كان من قصد الحفظة حتى
ياخذ النباش منه خفية فلو قال قائل ان فلانا سرق من الميت كذا يتعجب من كلامه ويضحك عليه ويسخر
منه ولا ادري كيف احتج الشافعي بقول عائشة وتقليد الصحابي ليس هو اجماعه والجواب عن
الحديث الاخر قلنا ذلك محمول على السياسة يدل عليه ما ورد في ذلك الحديث من قتل عبده قتلناه ومن
جدع انفه جدعناه فذلك سياسة فكذا هذا وقيل انه ليس بمرفوع وهو الصحيح **قوله** وان كان القبر
في بيت مقفل فهو على الخلاف في الصحيح يعني ان الصحيح ان النباش لا يقطع ايضا عند ابي حنيفة ومحمد اذا

اخذ الكفن من قبر في بيت مقفل نظالا اقفلت الباب وقفلت الابواب لان التفعيل للتكثير كما يقال غلقت الباب وغلقت الابواب **قوله** وكذا اذا سرق من تابوت في القافلة وفيه الميت يعني لا يقطع ايضا عندنا **قوله** لما بينا اي لما بينا من الحديث والدليل المعقول والحديث قوله عليه السلام لا قطع على المختفي والمعقول هو قوله لانه لا ملك للميت حقيقة ولا للوارث **قوله** ولا يقطع السارق من بيت المال هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه ولا من مال للسارق فيه شركة وانما لم يقطع في مال بيت المال لانه مال عامة المسلمين واللص منهم فيكون له فيه حق فيعقد الصور في الحرز في حقه فيسقط القطع لشبهة فصور الحرز على ما مر في اول الباب والمال المشترك لا يجب فيه القطع ايضا لان القطع لا يثبت بالشبهة والملك من اقوى الشبهة ولهذا لا يجب حد الزنا بوطي الامة المشتركة **قوله** ومن له على آخر دراهم فسرق مثلها لم يقطع وهذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه رجل له على رجل دراهم فسرق منه مثلها لا يقطع وان سرق منه عروضا قطع وسرقة الدراهم من الخواص وهذا لان له ان يأخذ مثل دراهمه بالاجماع لحديث هند امرأة ابي سفيان قالت يا رسول الله ان ابا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي الا ما اخذت منه وهو لا يعلم فقال عليه السلام خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف فاذا كان له حق الاخذ صار مستوفيا لدينه ولهذا ليس لصاحب المال ان يسترد ذلك فاذا كان مستوفيا لدينه لا يقطع لان الانسان لا يقطع في اخذ حقه بخلاف ما اذا اخذ عروضا مكان الدراهم حيث يقطع لانه ليس له ان يستوفي العروض مكانها ولهذا اذا اسلم اليه المديون العروض له ان يمتنع من ذلك بخلاف تسليم الدراهم حيث يجب فظهر الفرق بين جنس الحق وغيره وقال في كتاب السرقة فان قال انما اردت ان آخذ العروض رهنا بحقي او قضاء بحقي درئ عنه القطع وذلك لان فيه اختلافا فيعند ابن ابي ليلى له ان يأخذ خلاف جنس حقه لوجود المجانسة من حيث المالية وبه اخذ الشافعي واختلاف العلماء اورث شبهة في درء الحد وهذا ظاهر الرواية عن اصحابنا وروي عن ابي يوسف انه لا يقطع في العروض وان لم يدع الاخذ بحقه لكون اختلاف العلماء شبهة وجوابه لا دليل ظاهر يستند اليه هذا القول فلا بد من الدعوى ليتقوى الشبهة بالظن في موضع الخلاف ثم لا فرق بين المؤجل والمعجل استحسانا لوجود المبيح للاخذ وهو ملك الدين ويقطع قياسا لانعدام الاطلاق في الاخذ لتأخر المطالبة في الحال ذكر القدوري القياس والاستحسان في شرحه وعند الشافعي ان لم يكن الغريم مماطلا قطع وان كان مماطلا لا يقطع وكذا لا يقطع عندنا اذا سرق من جنس حقه زيادة على حقه لانه اذا لم يجب في البعض لا يجب في الباقي لثبوت الشركة وان كان حقه دراهم فسرق دنانير يقطع كذا ذكر القدوري في شرحه لانها لا تصير قصاصا بحقه فليس له ان يأخذها وقيل لا يقطع للمجانسة بينهما من حيث الثمنية وكذا لا يقطع اذا سرق حليا من فضة وحقه دراهم لانه لا يصير قصاصا بحقه بل يصير به مستوفيا ولو سرق المكاتب او العبد من غريم المولى قطع الا ان يكون المولى وكلهما بالقبض فحينئذ لا يجب القطع لا لحق الاخذ لهما ولو سرق من غريم ابيه او غريم ولده الكبير او غريم مكاتبه او غريم عبده المأذون المديون قطع لان حق الاخذ لغيره ولو سرق من غريم ابنه الصغير لا يقطع والمسائل مذكورة في شرح القدوري والفتاوى الولوالجي وغيرها **قوله** ولو سرق عينا فقطع فيها فردها ثم عاد فسرقها وهي بحالها لم يقطع وهذا لفظ القدوري في مختصره وقال زفر يقطع وعن ابي يوسف مثله وهو قول الشافعي كذا في شرح الاقطع لهم

قوله عليه السلام وان عاد فاقطعوه ولان المسروق عاد يتقوم بالرد الى المالك وهذا يتضمنه السارق اذا اتلفه بعد الرد بالاتفاق فصار سرقة مال متقوم من حرز لا شبهة فيه فيقطع كما لو سرقه غيره او سرقه هو من غيره او سرقه هو بعد ان اشتري مالكه منه بعد تمليك المالك اياه ولنا ان وجوب القطع يتعلق بفعل السرقة وايقاعه على العين ثم بالفعل الواحد في عين لا يتكرر القطع بالاتفاق فينبغي ان لا يتكرر القطع اذا تكرر الفعل في عين واحدة ولانه حد لا يستوفى الا بالخصومة فلا يتكرر بالخصومة من واحد في محل واحد كحد القذف ولان القطع يوجب سقوط عصمة المحل في حق السارق لانتقال العصمة الى الله تعالى فبالرد ان عادت حقيقة العصمة بقيت شبهة سقوطها لبقاء اثر القطع واتحاد المالك والمحل فيسقط الحد للشبهة بخلاف ما اذا سرقه غيره لانتفاء الشبهة في حقه وبخلاف الصورتين الاخريين لان تبدل الملك يوجب تبدل العين حكما فلم يبق اتحاد المحل الا ترى الى ما قال رسول الله عليه السلام لبريرة رضي الله عنها لك صدقة ولنا هدية ولان تكرار الجناية بعد قطع اليد نادر والمقصود من القطع تقليل الجناية ومع وجود الندرة لا حاجة الى التقليل كما اذا قذف شخصا فحد ثم قذفه بعين ذلك الزنا لا يحد ثانيا فكذا هنا والجواب عن الحديث فنقول تدطعن فيه الكرخي فقال حفظنا الاحاديث وسمعنا الحفاظ فلم نجد له اصلا او نقول انه محمول على ما اذا تبدل المحل لان العود الى فعل السرقة في المحل الذي قطع فيه مرة في غاية الندرة وكلام الشارع لا يحمل على النادر بل على الغالب او هو محمول على السياسة بدليل انه قال في المرة الخامسة فان عاد فاقتلوه فان قيل حد السرقة خالص حق الله تعالى كحد الزنا فاذا حد الزاني ثم زنى بتلك المزنية يحد ثانيا فينبغي ان يقطع اللص ثانيا وان اتحد المحل كما في الزنا قلنا في صورة الزنا المستوفى عين المستوفى في المرة الاولى لان الاول تلاشى والمسروق هو بعينه في المرة الثانية فيتكرر الحد في الزنا دون السرقة ولان الحرمة في الزنا ما ارتفعت اصلا والعصمة في السرقة انتقلت الى الله تعالى فاذا عادت بالرد بقيت الشبهة فحد في الزنا ثانيا دون السرقة **قوله** ولان الثانية اي السرقة الثانية كالاولى اي كالسرقة الاولى **قوله** باعه المالك اي باع المسروق اشتراه منه اي السارق ثم كانت السرقة اي وجدت السرقة **قوله** على ما يعرف من بعد اشارة الى قوله عليه السلام لا غرم على السارق بعدما قطعت يمينه قبيل ما يحدث السارق في السرقة قريبا من صفحة **قوله** بخلاف ما ذكر اي ذكر ابو يوسف وهو قوله كما اذا باعه المالك من السارق ثم اشتراه منه **قوله** لان الملك قد اختلف باختلاف سببه وذلك لان اختلاف الاسباب بمنزلة اختلاف الاعيان وقد عرف في حديث بريرة **قوله** ولان تكرار الجناية منه نادر وهذا دليل ثاني عطف على قوله لنا ان القطع اوجب سقوط عصمة المحل **قوله** فتعرى الاقامة اي اقامة الحد **قوله** كما اذا قذف المحدود في القذف المقذوف الاول ومعناه اذا قذفه بعين ذلك الزنا اما اذا قذفه بغير ذلك الزنا يحد ثانيا كذا ذكره الامام البرغري **قوله** قال فان تغيرت عن حالها مثل ان يكون غزلا فسرقه وقطع فرده ثم نسج فعاد فسرقه قطع اي قال القدوري في مختصره والاصل ان في كل موضع لم يتبدل العين فيه وكان بحالها لا يقطع ثانيا عندنا خلافا لزفر والشافعي فاذا تبدلت عن حالها كما لو كان قطنا فصار غزلا او كان غزلا فصار ثوبا يقطع بالاجماع لان العين بتبدلها عن حالها صارت في حكم عين اخرى فلو سرق عينا فقطع فيها ثم سرق عينا اخرى يقطع ثانيا فكذا هنا ولهذا ينقطع حق المالك عن المغصوب بفعل الغاصب هكذا قال في شرح الطحاوي واذا سرق ذهبا او فضة فقطع فيه

وردها على صاحبه لجعله المسروق منه ابنة او كانت ابنة فضربها دراهم ثم عاد فسرقه لا يقطع عند ابي حنيفة لان العين لم تتغير عن حكم المسروق منه وقالا يقطع لان العين قد تغيرت عندهما وقال في كفاية البيهقي سرق ثوبا فخاطه ثم رد فنقض فسرق المنقوض لا يقطع لانه لا يقطع حق المالك لو فعله الغاصب فلم يصر في حكم عين اخرى **قوله** والقطع فيه بالجر معطوف على قوله من اتحاد المحل يعني لما اتحد المحل بان كان ثوبا بعد ان كان غزلا انتفت شبهة سقوط العصمة التي نشات من اتحاد المحل ووجود القطع في ذلك المحل فصار في حكم عين اخرى فقطع ثانيا

فصل في الحرز والاخذ منه لما فرغ عن ذكر المسروق الذي يجب فيه القطع او لا يجب فيه والمسروق هو المال شرع في بيان الحرز لان الحرز شرط وجوب القطع الا انه اخر ذكره لان الحرز امر خارج عن المال والحرز في اللغة الموضع الحريز وهو الموضع الذي يحرز فيه الشيء اي يحفظ وفي الشرع ما يحفظ فيه المال عادة كالدار والحانوت والخيمة او الشخص بنفسه والمراد من الحرز ما لا يعد صاحبه مضيعا **قوله** ومن سرق من ابويه او ولده او ذي رحم محرم منه لم يقطع وهذا لفظ القدوري في مختصره اما قرابة الولاد فلا قطع فيها بالاجماع لان الولد له حق التملك في مال ولده لقوله عليه السلام انت ومالك لابيك فيكون ذلك شبهة في سقوط القطع والولد بينه وبين ابيه ولاد فلا يقطع في مال ولده كما لو سرق الاب من مال الابن ولان كل واحد منهما ماذون بالدخول في بيت الاخر فلا يتحقق هتك الحرز فلا يجب القطع واما قرابة ذوي الارحام كالاخ والاخت والعم والخال ففيها خلاف فعندنا لا يجب القطع وعند الشافعي يجب القطع له ظاهر قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما ولان ملك احدهما مباين من ملك الاخر فيجب القطع لوجود سرقته من حرز كامل ولنا ان القطع لا يجب الا باخذ المال وهتك الحرز ولم يوجد هتك الحرز لوجود الاذن بالدخول فلا يبقى المال محرزا في حق السارق الا ترى الى قوله تعالى ليس على الاعمى حرج ولا على الاعرج حرج ولا على المريض حرج ولا على انفسكم ان تاكلوا من بيوتكم او بيوت ابائكم او بيوت امهاتكم او بيوت اخوانكم او بيوت اخواتكم او بيوت اعمامكم او بيوت عماتكم او بيوت اخوالكم او بيوت خالاتكم او ما ملكتم مفاتحه او صديقكم فان قلت ـــــــ الاية تدل على اباحة الاكل لا على اباحة الدخول قلت ـــــــ الاكل في البيت لا يكون الا بالدخول فيه فدل اباحة الاكل في البيت على اباحة الدخول فيه ومع اباحة الدخول فيه ومع اباحة الدخول لا يكون الحرز ثابتا فان قلت ـــــــ كيف يصح استدلالكم لهذه الاية وقد قال تعالى فيها او صديقكم ومع هذا لو سرق من بيت الصديق يقطع قلت ـــــــ السارق ظهر انه لم يكن صديقا بل كان عدوا بخلاف ما اذا سرق من اخيه او عمه او خاله حيث لا يقال لم يبق الاخوة او العمومة او الخؤولة او القرابة بالسرقة فظهر الفرق والجواب عن اية السرقة فنقول انها مخصوصة بالاجماع فقد خص منها الصبي والمجنون وقرابة الولاد وعبد المحرز ومال فيه شركة للسارق ونحو ذلك فلما كان كذلك قلنا هذا مال غير محرز في حق السارق لوجود الاذن بالدخول فلا يقطع كما اذا سرق من المسجد **قوله** والثاني للمعنى الثاني اراد بقوله والثاني من اذا سرق من ذي رحم محرم منه اي لا يقطع للمعنى الثاني وهو الدخول في الحرز **قوله** ولهذا اباح الشرع النظر الى مواضع الزينة الظاهرة فيها اي في المحارم ذكره ايضاحا على اباحة الدخول في الحرز وينظر الرجل الى مواضع الزينة من

محارمه

محارمه ثم موضع الزينة البدن لانها موضع السوار والشعر لانه موضع القرمول والعضد لانها موضع الدملوج والصدر موضع القلادة والساق موضع الخلخال ويعرف ذلك في كتاب الكراهية ان شاء الله تعالى **قوله** بخلاف الصديقين متصل بقوله لم يقطع وهذا جواب سؤال مقدر بان يقال الاذن بالدخول كما وجد في باب المحارم وجد في الصديقين ايضا ومع هذا اذا سرق احدهما من الاخر يقطع فقال الاذن بالدخول للصديقين لا للحد ولما سرق ظهر انه كان عدوا ليس بماذون في الدخول **قوله** وفي الثاني خلاف الشافعي يعني في السرقة من ذي رحم محرم قال يقطع وقد بيناه **قوله** الحقها بالقرابة البعيدة اي الحق الشافعي رضي الله عنه قرابة ذي محرم كالاخ والعم والخال بالقرابة البعيدة كابن العم ولا يجعل الحاقه اياها بالجامع ووجود الفارق لان القرابة البعيدة يجوز فيها المناكحة بخلاف قرابة ذي رحم محرم **قوله** وقد بيناه في العتاق اي بينا خلاف الشافعي في مسئلة من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه **قوله** ولو سرق من بيت ذي الرحم المحرم متاع غيره ينبغي ان لا يقطع ولو سرق ماله من بيت غيره يقطع اي لو سرق مال ذي الرحم المحرم من بيت غير ذي الرحم المحرم يقطع ذكرها تين المسئلتين تفريعا لمسئلة القدوري فقال في الدليل اعتبارا للحرز وعدمه اي يقطع في المسئلة الثانية لوجود الحرز ولا يقطع في الاولى لعدم الحرز **قوله** وان سرق من امه من الرضاع قطع ذكره تفريعا لمسئلة القدوري ايضا قال في شرح الطحاوي ولو سرق من امه من الرضاع او من ابيه من الرضاع وجب القطع وهذا هو ظاهر الرواية عن اصحابنا وروي عن ابي يوسف في شرح القدوري لا يقطع من سرق من امه رضاعا لان بينهما انبساطا في دخول المنزل بلا حشمة ولبنت الاخت من الرضاع كذلك لانه لا يدخل عليها بلا استيذان وحشمة عادة وجه الظاهر ان المحرمية بلا قرابة كالقرابة بلا محرمية ثم القرابة اذا لم تكن بلا محرمية لا يسقط القطع بالاتفاق كما في ابن العم فكذا المحرمية اذا لم تكن مع القرابة ولهذا يقطع اذا سرق من الاخت الرضاعية واما كانت تلك المحرمية كتلك القرابة لانها لا تحرم كتلك الا ترى ان ام الموطوءة حرام على الزاني ومع هذا اذا سرق من بيت امها يقطع والحشمة الاستحيا كذا في المجمل **قوله** واقرب من ذلك الاخت من الرضاعة اي الاخت من الرضاعة اقرب الى القياس مما اذا ثبتت المحرمية بالزنا يعني ان السارق من الام من الرضاع يقطع كالسارق من الاخت من الرضاع لان المحرمية في المقيس والمقيس عليه جميعا بالرضاع ولم يوجد الرضاع في المحرمية بالزنا وان وجدت المحرمية بلا قرابة هناك **قوله** وهذا لان الرضاع قلما يشتهر فلا يسوطه تحرزا عن مواقف التهمة بخلاف النسب وكان هذا وقع جوابا عن قول ابي يوسف انه يدخل على الام من الرضاعة بلا استيذان وحشمة يعني بينهما انبساط في دخول المنزل فلا يقطع فقال الرضاع قليل اشتهاره عادة فلا انبساط بينهما حينئذ لعدم اشتهار الرضاع احترازا عن الوقوع في موقف التهمة بخلاف الام من النسب فان النسب امر مشتهر فالانبساط متحقق لا محالة **قوله** واذا سرق احد الزوجين من الاخر او العبد من سيده او من امراة سيده او زوج سيدته لم يقطع وهذه مسئلة القدوري وكذلك اذا سرق احد الزوجين من حرز خاص للاخر لا يسكنان فيه وهو قول الشافعي في الموطا وقال في بعض كتبه يقطع كل واحد بسرقة الاخر وله قولنا له ان الزوج يقطع والمراة لا تقطع ولنا ان الحل واحد هو الانبساط في منزل الاخر والدخول فيه عادة بغير اذن فكان الحرز ناقصا فلا يقطع فاشبه السرقة من المسجد وقد روي عن عمر رضي الله عنه انه اتي بغلام سرق مراة لامراة سيده قال ليس عليه شيء

خادمکم سرق متاعکم ذکره مالک فی الموطا فاذا لم یقطع خادم الزوج فالزوج اولی فان قلت
احد الزوجین ربما یحرز ماله عن الاخر قلت نعم لکن لا یمنع
ذلک التبسط فی المنزل فیمتنع القطع لوجود التبسط کما اذا احرز الاب ماله عن ابنه فسرقه
الابن قال فی شرح الطحاوی ولو سرق من بیت الاصهار والاختان قال ابو حنیفة لا یقطع
وقالا یقطع ولو سرق من بیت زوجة ابنه او بیت زوج ابنته او بیت زوجة ابیه او بیت
زوج امه فان کان یجمعهما منزل واحد لم یجب القطع بالاتفاق فان کانا فی منزل علی حدة فعلی
الاختلاف الذی ذکرنا ولو سرق من امراته او المراة من زوجها ثم طلقها قبل الدخول بها فبانت
من غیر عدة فلا قطع علی واحد منهما ولو سرق من اجنبیة ثم تزوجها لم یجب القطع علیه سوا
قضی بالقطع علیه او لم یقض فی ظاهر الروایة وروی عن ابی یوسف انه قال اذا قضی علیه
بالقطع یقطع به ولو سرق من امراته المبتوتة او المختلعة ان کانت فی العدة لم یجب القطع ه
وکذلک لو سرقت من بیت زوجها لا قطع علیها اذا کانت فی العدة وان کانت منقضیة العدة یجب
القطع الی هنا لفظ شرح الطحاوی **قوله** ودلالة وذلک ان المراة رضیت بتسلیم نفسها الی
الزوج والنفس اعز من المال فکان ذلک دلالة علی بذل ما لها الذی دونها فیثبت التبسطه
فی المال دلالة **قوله** وهو نظیر الخلاف فی الشهادة یعنی عندنا لا یقطع احد الزوجین فی مال
الاخر کما لا یقبل شهادة احدهما فی حق الاخر لانصال المنافع بینهما عادة وعنده یقطع احدهما
فی مال الاخر کما تقبل شهادة احدهما فی حق الاخر فی احد قولیه **قوله** ولو سرق المولی من
مکاتبه لا یقطع وهذه مسئلة القدوری وذلک لان للمولی حقا فی کسب المکاتب ورقبته فی الحال
مملوکة للمولی فلا یتحقق السرقة ولان مال المکاتب موقوف علیه وعلی مولاه لانه ان ادی بدل
الکتابة فالمال له وان عجز عنه فهو للمولی ولا قطع فی المال الموقوف علی السارق وعلی غیره کما اذا
سرق احد المتبایعین ما شرط فیه الخیار وکذلک لا قطع علی المکاتب او المدبر اذا سرق من
المولی لان المکاتب عبد ما بقی علیه درهم وکذا المدبر عبد ما لم یعتق المولی ولا قطع علی العبد فی
مال سیده لما بیناه قبل هذا **قوله** وکذلک السارق من المغنم وهذه مسئلة القدوری
وقال فی شرح الطحاوی ولا قطع علی من سرق من الغنایم واطلق الروایة کما اطلق الروایة فی
مختصر القدوری وینبغی ان یکون المراد من السارق من الغنیمة من له نصیب فی الغنیمة فی اربعة
الاخماس او فی الخمس کالغانمین او الیتامی والمساکین وابن السبیل اما غیرهم فلا نصیب له فی الغنیمة
فینبغی ان یقطع لانه سرق مالا مستثنا لا حق له فیه من حرز لا شبهة فیه فیقطع بخلاف السارق
من بیت المال فانه معد لمصالح عامة المسلمین وهو منهم فصار کمال فیه شرکة للسارق فلا یقطع اللهم
الا ان یقال ان مال الغنیمة مال مباح اخذ فی الاصل لکل احد وهو بعد علی صورته التی کان
علیها ولم تتغیر فصار رقا وهو علی صورته شبهة فسقط القطع والمغنم الغنیمة **قوله** وهو
ماثور عن علی رضی الله عنه درا وتعلیلا وهو ما روی فی المبسوط ان علیا رضی الله عنه اتی بسارق
من الغنیمة فدرا عنه الحد وقال ان له فیه نصیبا وتعلیل علی رضی الله عنه یدل علی ما قلنا **قوله**
قال والحرز علی نوعین حرز لمعنی فیه کالدور والبیوت وحرز بالحافظ ای قال القدوری
فی مختصره اعلم ان الحرز شرط وجوب القطع لما روی عن رسول الله علیه السلام انه قال لا
قطع فی ثمر معلق ولا فی حریسة الجبل فاذا اواه المراح او الجرین فالقطع فیما بلغ ثمن
المجن ذکره مالک فی الموطا وروی الطحاوی فی شرح الاثار ان رسول الله علیه السلام

سبیل

سبیل عن الثمر المعلق فقال لا قطع فیه الا فیما اواه الجرین وبلغ ثمن المجن ففیه القطع وقد اوجب
رسول الله علیه السلام فی المحرز لا فی غیره فیکون الحرز شرطا ولان الاجماع انعقد علی شرط
الحرز ولهذا لم یجب القطع فی الانتهاب والاختلاس والثمر علی راس الشجر والحیوان فی المرعی
والثوب اذا بسط للتجفیف علی ظهر حایط الی السکة ولان معنی السرقة وهو الاخذ علی سبیل
الاستسرار لا یوجد اذا لم یوجد الحرز ثم الحرز علی نوعین حرز بالمکان کالبیت والدار والحانوت
والخیمة والجرین وحرز بالحافظ وقد روی الزهری ان صفوان بن امیة نام فی المسجد وتوسد
رداه فجا سارق فاخذ رداه فاخذ السارق فجا به الی النبی علیه السلام فامر به رسول الله
صلی الله علیه وسلم ان تقطع یده ذکر ذلک فی الموطا والسنن ایضا فعلم ان رسول الله علیه
السلام اعتبر الحرز بالحافظ ثم الحرز بالمکان لا یعتبر فیه الحرز بالحافظ لان الاول اقوی
لان المکان یمنع وصول الید الی المال ویکون المال مختفیا به والاختفا لا یوجد فی الحافظ فکان
ذلک اصلا وهذا فرعا فلا اعتبار للفرع مع وجود الاصل حتی لو سرق من الحمام نهارا وله
وصاحبه عنده لا یقطع لان الحمام حرز فی نفسه صالح لصیانة المال فیه ولهذا اذا سرق منه
لیلا یقطع فلما کان حرزا فی نفسه لم یلتفت الی وجود الحافظ وکان المنظور الیه هو الحمام فی
کونه حرزا وقد اذن للناس بالدخول فیه نهارا فلم یقطع لنقصان الحرز ولهذا یقطع السارق
من البیت وان لم یکن الحافظ موجودا سوا کان البیت له باب الا انه مفتوح او لم یکن له باب
اصلا لان البنا لقصد الاحراز لکن هتک الحرز لا یکون الا بالاخراج من المکان لا بمجرد الاخذ
وفی المحرز بالحافظ یکون بمجرد الاخذ لزوال ید المالک بمجرد الاخذ فی الثانی وبالاخراج فی الاول
لان ید المالک قایم قبل الاخراج ثم الحرز بالمکان علی نوعین حرز یمکن دخول السارق فیه کالبیت
فما لم یدخل فیه ویخرج المال لا یجب القطع وحرز لا یمکن الدخول فیه کالصندوق والجوالق ه
الموضوع فی موضع لیس بحرز اذا کان محرزا بصاحبه یجب القطع فیه اذا ادخل یده فیه اذا
ادخل یده فیه واخرج المال فیجعل کانه دخل فیه واخرج ثم ما کان حرز النوع یکون حرز الکل نوع وهو
الصحیح ذکره الکرخی فی مختصره حتی لو سرق اللولوة من الاصطبل او من حظیرة الغنم یقطع وقال
الامام الاسبیجابی فی شرح الطحاوی قال بعض مشایخنا حرز کل شی معتبر بحرز مثله حتی لو سرق اللولو
من هذه المواضع لا یقطع وهو قول الشافعی ولهذا قال فی وجیزهم الاصطبل حرز للدواب لا ه
للثیاب ثم کل ما لا یکون حرزا بنفسه یکون حرزا بصاحبه کما فی الصحرا والمسجد وقارعة الطریق
سوا کان الحافظ یقظان او نایما وسوا کان المتاع تحته او بجنبه فی رباطه لان النایم عند متاعه
یعد فی العرف والعادة حافظا لا مضیعا قال الحاکم الشهید فی الکافی المسافر ینزل بالصحرا فیجمع متاعه
ویبیت علیه فسرق منه قطع السارق قال فی الفتاوی الصغری من اصحابنا من قال فی هذا
اللفظ اشارة الی انه انما یکون محرزا فی حال نومه اذا کان تحت جنبه وقال شمس الایمة السرخسی
الصحیح انه یلزمه القطع بکل حال لان المعتبر الحفظ المعتاد لا اقصی ما یتاتی ثم ابد هذا بالمودع ه
والمستعیر فقال الا تری انهما لا یضمنان بمثل هذا مع انهما یضمنان بالتضییع وهذا یوید ما
قلنا فی فصل الراعی فی اول کتاب السرقة سرق بقرة او شاة من المرعی ان کان ثمة من یحفظها
یقطع والا فلا الی هنا ذکره فی الفتاوی الصغری وهذا الذی ذکره فی شاة المرعی خلاف ما
نقل الناطفی عن الاصل قال قال فی الاصل لو سرق شاة من مرعاها لم یقطع وان کان هناک
راعی ولهذا اطلق الحاکم فی الکافی فقال وان سرق شاة من مرعاها لم یقطع وکذلک قال

الكرخي في مختصره سرق حيوانا من المرعى لا يقطع ويقطع ان سرق من المراح الذي ياوي اليه
لحديث حريسة الجبل وفي نوادر هشام قال محمد اذا جعل الغنم في حظيرة عليها حائط اوليس
عليها حائط انهما سوا اذا كان قد جمع فيه يقطع سارقها وان كان جمع الاشجار او الشوك حول
البقعة وجعل فيها الاغنام هو والحائط المبني سوا **قوله** هو الصحيح احترازا عن قول بعض
اصحابنا حيث شرط ان يكون المتاع تحته وقد انفا ونقل الناطفي عن نوادر هشام قال محمد بلا
خلاف عن غيره لو جمع متاعه في الصحرا ولم ينم على متاعه وانما نام عنده فسرق منه يقطع اذا
نام حيث يراه ويحفظه **قوله** وعلى هذا لا يضمن المودع اشارة الى التعليل الذي ذكره
بقوله لانه يعد النايم عند متاعه حافظا له والمستعير مثله اي مثل المودع لان يد كل منهما
يد امانة **قوله** بخلاف ما اختاره في الفتاوي اي هذا الذي قلنا من عدم الضمان على المودع
او المستعير كيف ما نام عند المتاع خلاف ما اختاره في الفتاوى لان فيها اوجب الضمان اذا
نام مضطجعا وقال في خلاصة الفتاوي وفي السفر لا يضمن وان نام مضطجعا **قوله** قال
فمن سرق شيا من حرز او من غير حرز وصاحبه عنده يحفظه قطع اي قال القدوري في
مختصره وهذا تفريع وبيان لما قال اولا بقوله الحرز على نوعين حرز لمعنى فيه وحرز بالحافظ
يعني ان من سرق شيا من حرز لمعنى فيه كالدور قطع وكذلك اذا سرق من غير حرز لكنه
صاحبه عنده يحفظه قطع لان المتاع محرز باحد الحرزين في الاول بالمكان وفي
الثاني بالحافظ وقد حصل هتك الحرز لا محالة فيجب القطع **قوله** ولا قطع على من سرق
من حمام او من بيت اذن للناس في دخوله وهذه مسالة القدوري وقال الشافعي رضي الله
عنه اذا سرق من الحمام وكان عنده الثياب حافظ فعليه القطع كذا قال الشيخ ابو نصر
البغدادي لنا ان الحمام حرز بنفسه فلا يعتبر الحرز بالحافظ لان الحافظ يصير به حرزا ما لم
يكن حرزا في نفسه فاما الحرز في نفسه فوجود الحافظ فيه وعدمه سوا ولهذا اذا سرق من
البيت وليس ثم حافظ يقطع فعلم ان وجود الحافظ لا يعتبر في الحرز في نفسه فلما لم يعتبره
الحافظ كان المعتبر هو الحمام وهو حرز في نفسه لانه بنا كالدور او لانه يقطع السارق
منه ليلا او قبل الاذن بالدخول فعلم انه حرز لكن اختل الحرز بالاذن فلم يقطع وكذا
البيت الماذون فيه بالدخول لهذا المعنى قال في شرح الطحاوي ولا قطع على من سرق من
الحمام لانه ماذون فيه بالدخول فيه ولو سرق منه ليلا يقطع لانه غير ماذون فيه
بالدخول فيه وكذلك ذكر القدوري في شرح مختصر الكرخي وقال من سرق من حمام او سفينة
لا يقطع وان كان مالكه فيه ولو سرق من الحمام ليلا يقطع لعدم الاذن **قوله** لوجود
الاذن عادة او حقيقة الاول في الحمام والثاني في بيت اذن في دخوله ويجوز ان يكون
حقيقة الاذن في الحمام ايضا بان يقول الحمامي تعالوا فادخلوا الحمام فقد فتحنا الباب
قوله ويدخل في ذلك حوانيت التجار والخانات اي يدخل في حكم بيت اذن للناس في
دخوله الحوانيت والخانات وذلك لان التاجر يفتح باب حانوته في السوق ويأذن للناس
بالدخول عليه ليشتروا منه فاذا سرق رجل منه ثوبا لم يقطع وبه صرح الحاكم في الكافي
الا اذا كان السرقة من الحمام والحوانيت والخانات ليلا فحينئذ يقطع لعدم الاذن ليلا
قال في خلاصة الفتاوي جماعة نزلوا بيتا او خانا فسرق بعضهم من بعض متاعا وصاحب
المتاع يحفظه او تحت راسه لا يقطع ولو كان في مسجد جماعة قطع ولو سرق من بيت واحد

قبل الخروج لم يقطع **قوله** الا اذا سرق منها ليلا استثنا من قوله ولا قطع الى اخره **قوله** ومن سرق
من المسجد متاعا وصاحبه عنده قطع وهذا لفظ القدوري وذلك لان المسجد ليس بحرز في نفسه
فيكون حرزا بالحافظ واذا كان الحافظ عنده يقظان او نايما عند متاعه فقد حصل هتك الحرز
فيقطع وان لم يكن عنده فلا يقطع السارق لعدم الحرز بخلاف الحمام او البيت الماذون فيه بالدخول
فانه حرز في نفسه فلا يعتبر الحافظ وقال الشافعي رضي الله عنه الموضوع في الشارع والمسجد
محرز بلحاظ صاحبه وشرط ان لا ينام ولا يوليه ظهره فنقول اذا نام عند متاعه لا يعد مضيعا
عادة فلا يختل الحرز فشرط القطع وقد روينا عن الموطا وغيره في هذا الفصل ان سارق رداء
صفوان حين نام متوسدا عليه في المسجد امر رسول الله عليه السلام بالقطع فعلم ان ما قاله
ضعيف **قوله** ولا قطع على الضيف اذا سرق ممن اضافه وهذا لفظ القدوري وذلك لانه لما
اذن له بالدخول اختل الحرز بالاذن فسقط القطع ولانه صار كانه واحد من اهل البيت حيث
اكرموه واضافوه فعله اذن لا يسمى سرقة بل يسمى خيانة ولا قطع على الخاين لما روى جابر عن
رسول الله عليه السلام ليس على خاين قطع وكذلك اذا سرق من بعض بيوت الدار التي اذن له
في دخولها وهو مقفل او من صندوق مقفل كذا ذكره القدوري في شرحه لان الدار مع جميع
بيوتها حرز واحد ولهذا اذا اخذ اللص من بعض البيوت واخرج الى الدار لا يقطع ما لم يخرج من
الدار فاذا كان الحرز واحدا فبالاذن في الدار اختل الحرز في الدار وفي البيوت جميعا وما روي ان
اسودا بات عند ابي بكر رضي الله عنه فسرق حليا فقطعه ابو بكر فتاويله عند اصحابنا انه سرق من
دار النسا لا من دار الرجال وفي الدار من المختلفين لا يكون الاذن في احدهما اذنا في الاخرى **قوله**
ومن سرق سرقة فلم يخرجها من الدار لم يقطع وهذه من مسايل الجامع الصغير واراد بالسرقة المسروق
مجازا كما قال محمد ايضا اذا كانت السرقة مصحفا وانما لم يقطع قبل الاخراج لعدم هتك الحرز والدار
كلها حرز واحد فلما لم يوجد الاخراج لا يوجد الهتك فلا يجب القطع بخلاف ما اذا كانت الدار عظيمة
مشتركة فيها بيوت يسكن في كل بيت ساكن على حدة فسرق من بعض البيوت واخرج الى صحن الدار
يقطع لان كل بيت حرز على حدة باعتبار ساكنها على حدة فصار الاخراج من بعض البيوت الى صحن الدار
كالاخراج الى السكة ولو اخرج الى السكة يقطع فكذا هنا وليس كالفصل الاول لان الدار مع بيوتها
حرز واحد لان البيوت كلها لصاحب الدار فما لم يخرج من الحرز لا يجب القطع وهنا كل بيت حرز
على حدة لاختلاف ساكنه لهذا صرح الفقيه ابو الليث في شرحه للجامع الصغير وهنا تاويل قول
محمد فان كان دار فيها مقاصير فاخرجها من مقصورة الى صحن الدار قطع اعني تاويله ما اذا كانت
الدار مشتركة قال في الفتاوي الصغرى القوم اذا كانوا في دار كل واحد في مقصورة على حدة عليه
باب يغلق فنقب رجل من اهل الدار على صاحبه وسرق منه ان كانت عظيمة يقطع والا فلا
وتفسيره هذا اذا كانت بحيث يستغنون بصحن الدار انتفاع السكة كدار عتاب ودار نوح فهي
دار عظيمة وان كانوا يستغنون بها انتفاع المنزل لا تكون عظيمة ثم قال ذكر شيخ الاسلام
خواهر زاده هذا التفصيل في كتاب السرقة ثم في الفصل الاول قال بعض اصحابنا الا ضمان
عليه اذا تلف في يده المسروق كما لا قطع عليه قبل الاخراج من الدار والصحيح انه يضمن لوجود
التلف على وجه التعدي بخلاف القطع فان شرطه هتك الحرز ولم يوجد والمراد من المقاصير
الحجرات والبيوت **قوله** وان اغار انسان من اهل المقاصير على مقصورة فسرق منها قطع
لما قلنا لان كل مقصورة باعتبار ساكنها حرز على حدة قال صاحب المغرب اغار لفظ شمس

الائمة الحلواني والضبعي وهو من اغار على العدو واما لفظ محمد وان اغتال يعني بالعين المهملة والنون وهو الاوجه لان الاغارة تدل على الجهر والمكابرة والسرقة على الخفية وللاول وجه ايضا عندي بان يدخل اللص مكابرة بالحيل جهرا ويخرج المال فانه يقطع لوجوده الخفية عن اعين سائر الناس ويحتمل ان يكون ذلك اللفظ ايضا رواية محمد لان شمس الائمة الحلواني مع تبحره في العلوم لاسيما في الفقه ليس ممن يتهم في هذا القدر والاغارة جاءت بمعنى الاسراع والعدو ايضا قال العزيزي فراوا ما فوقهم ولنا عليهم صلوة الدافعين مع المغير يقول لو اذا اجتمع الناس بالموسم داودا بينهم والمغير المسرع وهذا من قول ابي سيارة عميلة بن خالد العدواني وكان يدفع بالناس من المزدلفة على حمار اربعين سنة فضربت العرب بحماره المثل فقالوا اصح من عير ابي سيارة وكان يقول اشرق ثبير كيما نغير فعلى هذا يكون معناه اسرع انسان وعدا من مقصورة على مقصورة فسرق منها قطع وجاء اغار الحبل اي فتله فتلا شديدا كذا ذكر في ديوان الادب وغيره والفتل يستعمل في المخادعة ويجوز ان يستعمل ما في معناه فيها ايضا الا ترى الى ما جاء في حديث الزبير انه سال ام المؤمنين عائشة الخروج الى البصرة فابت عليه فما زال يفتل في الذروة والغارب حتى اجابته الذروة اعلى السنام والغارب مقدمه وهو مثل يقال ما زال يفتل في ذروته اي يخادعه حتى يزيله عن راي هو عليه كذا قال الاصمعي فعلى هذا يكون معناه اذا احتال وخادع انسان من اهل مقصورة على مقصورة اخرى فسرق منها قطع **قوله** واذا نقب اللص البيت فدخل واخذ المال وناوله آخر خارج البيت فلا قطع عليهما هذا هو لفظ القدوري وهو ظاهر الرواية عن اصحابنا ولهذا قال الحاكم الشهيد في الكافي وان ناول صاحبا له على الباب لم يقطع واحد منهما وكذلك ذكر في شرح الطحاوي وقال الفقيه ابو الليث السمرقندي في شرح الجامع الصغير وروي عن ابي يوسف انه قال اذا كان الخارج ادخل يده وناوله الاخر قطعا جميعا ولو ان الداخل اخرج يده الى الخارج حتى اخذ منه فالقطع على الداخل خاصة وكذلك ذكر الرواية في المختلف بالاتفاق ثم قال وروي عن ابي يوسف وفصل الجواب كما ذكر الفقيه وكذلك ذكروا الجواب في شروح الجامع الصغير بالاتفاق ثم قالوا وروي عن ابي يوسف كما نقلنا عن شرح الفقيه فعلم بذلك ان ما قاله في شرح الاقطع هذا قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يقطع الداخل وهو قول الشافعي ليس بظاهر الرواية عنهما وكذلك ما روي في بعض نسخ الفقه كالتحفة وغيرها وجه ما روي عن ابي يوسف انه يجب القطع لانه اخرجه من الحرز فلا ابالي ادخل الحرز ام لا ووجه الظاهر ان فعل السرقة تم بالداخل والخارج جميعا ثم الخارج يدرا عنه القطع لعدم هتك الحرز فيدرا عن الداخل ايضا لانه لم يوجد تمام السرقة منه وحده او نقول الفعل تم من السارق وغير السارق فاذا لم يجب على احدهما لعدم السرقة لا يجب على الاخر ايضا لانه فعل واحد وليس هذا كما اذا رمى الى السكة ثم خرج واخذ لان فعل السرقة ثمه تم بالسارق وحده وههنا بهو وبغيره **قوله** وهي بناء على مسئلة ثانية وهي مسئلة نقب البيت وادخال اليد فيه **قوله** فان القاه في الطريق ثم خرج فاخذ قطع هذا لفظ القدوري وهو متصل بالمسئلة المتقدمة وقال زفر لا يجب القطع لانه حين القاه لم يجب عليه القطع ولهذا اذا خرج ولم يحل لا يجب عليه القطع فاذا لم يكن الالقاء موجبا للقطع لا يجب القطع بعد ذلك كما اذا اخذ غيره من السكة لا يجب عليه القطع ولنا ان الرمي والاخذ بعد ذلك من حيل السراق بعناد ون ذلك اما لعدم امكان الخروج مع المتاع او للفرار او للقتال مع صاحب المتاع وقد خرج

ويد ثابتة عليه لعدم اعتراض يد اخرى عليه فيكون مخرجا من الحرز فيجب عليه القطع بخلاف ما اذا اخذه غيره حيث لا قطع عليه لانه لم ياخذه من الحرز وليس على السارق ايضا قطع حينئذ لانه لما باعتراض يد الاخر لم تبق يده قائمة على السرقة حين الخروج وقد خرج ولا مال في يده لا حقيقة ولا حكما فصار كما لو استهلكه في الحرز ثم خرج وبخلاف ما اذا لم ياخذه بعد الخروج لانه مضيع لا سارق **قوله** وكذلك ان حمله على حمار فساقه فاخرجه وهذا ايضا لفظ القدوري اي يقطع ايضا اذا حمله على حمار ثم اخرجه لان يده قائمة على الحمار لان سير الحمار مضاف اليه لسوقه قال في خلاصة الفتاوى ولو ذهب السارق الى منزله فخرج الحمار بعد ذلك حتى جاء الى منزله لا يقطع وكذلك لو علق شيئا على طائر وتركه ثم طار الى منزله وقال فيها ايضا رجل دخل الدار وجمع المتاع في النيل وطرح في نهر كان فيها وخرج واخذه ان كان الماء قوة اخراجه بنفسه لا يقطع وان لم يكن للماء قوة اخراج المتاع لكنه اخرجه بتحريكه يقطع ونقل القدوري في شرحه عن الاصل لو كانا اثنين فنقبا البيت ثم دخل احدهما فاستخرج المتاع ثم حملاه جميعا قال ان عرف الداخل بعينه قطعت الداخل منهما ودرات الحد عن الاخر غير اني اعزره وان لم يعرف الداخل لم يقطع واحد منهما وبعزران **قوله** واذا دخل الحرز جماعة فتولى بعضهم الاخذ قطعوا جميعا هذا لفظ القدوري في مختصره قال الحاكم الشهيد في الكافي وان دخل جماعة في الدار فجمعوا المتاع وحملوها على رجل منهم وكان هو الذي خرج به وقد خرجوا معه في فوره اوخرجوا قبله ثم خرج هو في فورهم قال في القياس ان يقطع الحامل وحده وفي الاستحسان يقطعون جميعا وبه ناخذ الى هنا لفظه وبالقياس اخذ زفر كذا في شرح الطحاوي وقول الشافعي كقول زفر كذا في شرح الاقطع وجه القياس ان المباشر لسرقة المال هو الحامل لانه هو الذي اخرجه فيجب القطع عليه خاصة كما لو اجتمع جماعة على رجل فقذفه واحد منهم يجب حد القذف على القاذف خاصة دون غيره وكذلك اذا اجتمعوا على امراة فزنى بها واحد منهم يجب حد الزنا على الزاني وحده فكذا ههنا ووجه الاستحسان ان السرقة في عامة الاحوال هكذا يحمل بعضهم ويترصد الباقون لكي يدفعوا صاحب المال ان انتبه فيكون الاخراج من جميعهم معنى لكونهم ردءا للحامل ولهذا قالوا في السرقة الكبرى وهي قطع الطريق اذا باشر بعضهم القتل واخذ المال والباقون وقوف يجب حد قطع الطريق على جميعهم لكونهم ردءا له فكذا ههنا فصار كما اذا حملوا على حمار واخرجوه فان قيل غير الحامل لم يخرج من الحرز شيئا فصار كما لو وقف خارج الحرز فلا يقطع قلنا لا نسلم ان غيره لم يخرج مطلقا بل حصل الاخراج معنى لكونه ردءا والردء شريك المباشر ولهذا اذا كان بعض الغزاة ردءا اشتركوا جميعا في المغنم **قوله** منه اي من الحامل به اي بالحامل او بالاخراج الحاصل من الحامل معنى اي من حيث المعنى **قوله** كما في السرقة الكبرى اي في قطع الطريق وسمي بها لان ضرره على عامة المسلمين وسيجيء بيانه ان شاء الله تعالى **قوله** وهذا لان المعتاد فيما بينهم ان يحمل البعض المتاع اشارة الى ان الاخراج من الكل معنى **قوله** ومن نقب البيت فادخل يده فيه فاخذ شيئا لم يقطع وهذا ظاهر الرواية عن اصحابنا ولهذا ذكر الحاكم الشهيد المسئلة بلا خلاف فقال في الكافي ومن نقب في البيت فادخل يده واخذ المتاع فذهب لم يقطع وان دخله وجمع المتاع فلم يخرجه حتى اخذ لم يقطع الى هنا لفظه رحمه الله وكذلك ذكر في الشامل في قسم المبسوط وروي عن ابي يوسف في الامالي انه يقطع وقاس عليها اذا ادخل يده في صندوق الصيرفي او في الجوالق

وقول الشافعي كقول أبي يوسف كذا في شرح الأقطع ولنا أن هتك الحرز شرط وجوب القطع بالاتفاق وقد مر بيانه وكمال الهتك في الدخول والإخراج فإذا لم يدخل ينقص معنى الهتك وفي النقصان شبهة العدم والحدود تندرئ بالشبهات بخلاف الصندوق والجوالق فإن الدخول ثمه لا يمكن وأقصى ما يتأتى فيه من الفعل أن يخرج ما فيه باليد وهنا الدخول ممكن فيشترط الدخول ولا يجب القطع بدونه فظهر الفرق وهذا مؤيد بما روى أصحابنا في كتبهم عن علي رضي الله عنه قال لو كان اللص ظريفا لا يقطع قيل كيف يكون ظريفا قال يدخل يده في الدار ويخرج المتاع ولا يقال إنه أخرج نصابا من الحرز فصار كما لو دخل لأنا لا نسلم أنه يكون كالداخل لأنه إذا دخل وأخرج فقد هتك الحرز وإذا نقب وأخذ لم يوجد الهتك على الكمال لعدم الدخول قوله وأخرج الغطريفي هو الدرهم المنسوب إلى غطريف بن عطاء الكندي أمير خراسان أيام الرشيد والدراهم الغطريفية كانت من أعز النقود ببخارى كذا قال صاحب المغرب قوله وإن طر صرة خارجة من الكم لم يقطع وإن أدخل يده في الكم يقطع وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة وذلك لأنه لما شق الصرة بقيت الدراهم خارجة في الصورة الأولى فلا يكون أخذ الدراهم حينئذ من الحرز فلا يقطع وفي الصورة الثانية لما شقها بقيت الدراهم في داخل الكم فإذا أخذها من الكم يكون هاتكا للحرز فيقطع وهذا لأن الحرز هنا بالمكان لا بالحافظ لأن صاحب الدراهم اعتمد على الكم وجعله حرزا أو لم يعتمد على قيام نفسه فلذلك افترق جواب المسألة وفي الحرز بالمكان لا يعتبر الحافظ وعن أبي يوسف أن الطرار يقطع في الحالين لأن الدراهم محرزة على كل حال إما بالمكان وهو الكم أو بالحافظ فلا يعتبر جهة الحفظ فصار كما لو كانت بين يديه وجه الظاهر أن الحرز هنا الكم لا الحافظ لأنه لم يعتمد على نفسه بل على كمه في قطع المسافة أو الاستراحة فصار الكم كالجوالق ولم يذكر محمد رحمه الله حكم الحل في الجامع الصغير والأصل فلهذا قال مشايخنا في شروح الصغير إن حل الرباط فأخذ الدراهم فإن كان الرباط خارجا والدراهم في باطن الكم قطع لأنه يحتاج إلى أن يدخل يده وإن كان الرباط داخلا والدراهم في ظاهر الكم فحل الرباط لم يقطع لأنه أدخل يده لحل الرباط فبقيت الدراهم خارجة وإنما أخذها من خارج فلم يصر هاتكا للحرز وهذا معنى قوله ينعكس الجواب لانعكاس العلة فافهم والطر في اللغة الشق والقطع ومنه الطرار وهو الذي يسارق عين الحافظ ويأخذ منه المال خفية بقطع الكيس ونحوه والصرة الخرقة المشدود فيها الدراهم والمراد هنا هو الكم المشدود فيه الدراهم يقال صررت الدراهم أصرها صرا إذا شددتها قوله وإن سرق من القطار بعيرا أو حملا لم يقطع وهذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل سرق من إبل قيام عليها أحمالها أو شبر فشق جوالقا فسرق ما فيه قال يقطع وإن سرق الجوالق نفسه لم يقطع قال في الشامل في قسم المبسوط إذا سرق الجوالق نفسه من الدابة لا يقطع ولو سرق من الجوالق يقطع والأصل هنا أن القطع لا يجب إلا بسرقة النصاب بشرط أن يكون محرزا مقصودا وإذا لم يكن محرزا مقصودا لا يجب القطع ألا ترى أن النبي عليه السلام لم يوجب القطع في حريسة الجبل لأن المقصود للراعي في ترك المواشي في المرعى الرعي لا الحفظ والحفظ تبع فلم يكن الحفظ مقصودا فلم يجب القطع لشبهة عدم الحرز من حيث أن الحفظ ليس بمقصود فإذا عرفت هذا قلنا لا قطع في سرقة البعير من القطار والحمل لأن مقصود السائق أو القائد قطع المسافة ونقل الأحمال لا الحفظ فلم يكن مقصودا فلم يجب القطع لشبهة العدم لعدم قصد الحفظ فلم يكن

عنده ليس بمحرز بالمكان أيضا لأن ظهور الدواب ليست بحرز لأن المقصود النقل والتحويل لا الحرز فانتفى القطع أصلا لعدم شرطه حتى قال مشايخنا لو كان مع الأحمال من يتبعها للحفظ قصدا قطع سارق الحمل نفسه بخلاف ما إذا شق الجوالق من القطار وأخذ المال حيث يقطع لأنه أخذ من حرز مثله لأن المقصود من وضع الأمتعة في الجوالق حفظها فيه فصار كما إذا دخل البيت وأخذ المال أو أخذ المال من الكم والقطار بكسر القاف الإبل يشد زمام بعضها خلف بعض على نسق قال ابن دريد جاء القوم متقاطرين إذا جاء بعضهم في إثر بعض مأخوذ من قطار الإبل ومثل من أمثالهم النفاض يقطر الجلب يعني إذا انفض القوم أي نفدت أزوادهم قطروا إبلهم فجلبوها للبيع قوله وإن سرق جوالقا فيه متاع وصاحبه يحفظه أو نائم عليه قطع وهذه من مسائل الجامع الصغير وقال في قسم المبسوط من الشامل ولو كان الجوالق على الأرض وله حافظ يقطع وتأويل المسألة فيما إذا كان الجوالق في موضع لا يصلح أن يكون حرزا كالطريق والمفازة وذلك لأنه شرط حفظ صاحبه وإنما يعتبر الحرز بالحافظ إذا لم يكن الشيء حرزا في نفسه وهنا الجوالق ليس بحرز في نفسه لأن الجوالق الموضوع على قارعة الطريق أو في المفازة لا يعد حرزا فيشترط الحرز بالحافظ فإذا كان نائما عليه أو قريبا منه يعد حافظا عادة والمعتبر هو الحرز المعتاد ولهذا أمر رسول الله عليه السلام بقطع يد سارق رداء صفوان بن أمية حين نام متوسدا على ردائه قوله على ما اخترناه أي قبل ورقة وهو قوله لأنه يعد النائم عند متاعه حافظا قوله وذكر في بعض النسخ وصاحبه نائم عليه أو حيث يكون حافظا له أي ذكر في بعض نسخ شرح الجامع الصغير هكذا ولم يقتصر على قوله وصاحبه نائم عليه بل قال أو حيث يكون حافظا له وأراد بهذا ما ذكره فخر الإسلام في شرحه هكذا قوله وهذا يؤكد ما قدمناه أي هذا الذي ذكره في بعض النسخ بقوله حيث يكون حافظا له يؤكد ما قدمناه من القول المختار لعدم التفرقة بين كون المتاع عنده أو تحته قال في الشامل وغيره ولو كان المسافرون في فسطاط جمع متاعه فيه فسرقه سارق يقطع لأنه بمنزلة البيت ولو سرق الفسطاط نفسه لم يقطع لأنه نفس الحرز فيحفظ به غيره لا أنه يحفظ لغيره والله أعلم

فصل في كيفية القطع وإثباته

لما فرغ عن بيان ما به يجب القطع شرع في بيان نفس القطع كيف يكون وهل يتكرر القطع إلى أربع مرات إذا تكررت السرقة وهل يثبت القطع إذا اعترضت الهبة ونحوها أم يسقط فناسب ذكره بهذا الفصل لهذا قوله قال ويقطع يمين السارق من الزند وتحسم أي قال القدوري في مختصره اعلم أن لمحل القطع فيه خلاف والذي عليه عامة فقهاء الأمصار مفصل الزند وقالت الخوارج المنكب لأن اليد اسم للجارحة من رؤوس الأصابع إلى الإبط وعن بعض الناس الأصابع كذا ذكر القدوري في شرحه ووجهه أن الأخذ كان بها فتقطع الأصابع لإزالة التمكن من الأخذ ولنا أن اليد ذات مقاطع ثلاثة هي الرسغ والمنكب والمرفق وكل منها يحتمل أن يكون مرادا فزال الاحتمال ببيان النبي صلى الله عليه وسلم حيث أمر بقطع اليد اليمنى من الزند ولأن مفصل الزند وهو الرسغ متيقن به لكونه أقل فيؤخذ به لأن العقوبات لا تثبت بالشبهة وفيما زاد على الرسغ شبهة فلا يثبت وإنما كان مفصل الزند من اليمنى مرادا إما ببيان النبي عليه السلام أو بقراءة عبد الله بن مسعود رضي الله عنه السارقون والسارقات فاقطعوا أيمانهم كذا روى صاحب الكشاف قراءة عبد الله بن مسعود فإن قلت المراد من قوله تعالى فاقطعوا أيديهما التثنية لا الجمع فكيف جاز ذلك قلت يجوز مثل ذلك في

الأشياء المنفصلة كما في قوله تعالى فقد صغت قلوبكما ولا يكون للاثنين إلا قلبان فإن قيل
الزيادة على النص نسخ عندنا فكذا لا يجوز الزيادة بخبر الواحد فكيف جازت بقراءة عبد الله
قلنا لا نسلم أنها خبر الواحد وقلنا إنه كانت مشهورة إلى زمن أبي حنيفة
والزيادة بالمشهورة جائزة ولئن سلمنا أنها خبر الواحد فنقول خبر الواحد يجوز أن يكون
بيانا لمجمل الكتاب والكتاب مجمل في حق المقدار وفي حق القطع أيضا لاحتمال الإرادة الشمال فكذا تحقق
قراءتها لكتاب بيانا لمجمل على أن المراد اليمين لا الشمال ثم الحسم وهو الكي بعد القطع بالزيت المغلي
ونحوه لما روي في شرح الآثار وغيره مسندا إلى أبي هريرة رضي الله عنه قال أتي بسارق إلى
النبي عليه السلام فقالوا يا رسول الله إن هذا سرق فقال ما أخاله سرق فقال السارق بلى
يا رسول الله قال اذهبوا به فاقطعوه ثم احسموه ثم ائتوني به فقال فذهب به فقطع ثم حسم
ثم أتي به فقال تب إلى الله عز وجل فقال تاب الله عليك ولأن الحد شرع زاجرا لا متلفا فيحسم لئلا
يتلف شفقة له قال في الجمهرة الزندان موصلا طرف الذراع في الكف وقال في ديوان الأدب الزند
ما انحسر عنه اللحم من الذراع وقال في الصحاح الزند موصل طرف الذراع وهما زندان الكوع ه
والكرسوع والكوع طرف الزند الذي يلي الإبهام والكرسوع طرف الزند الذي يلي الخنصر قوله
فإن سرق ثانيا قطعت رجله اليسرى وإن سرق ثالثا لم يقطع وخلد في السجن حتى يتوب هذا لفظ
القدوري في مختصره قال صاحب النافع حتى يتوب أو يظهر على وجهه سيما رجل صالح قال صاحب
الهداية وهذا استحسان يعني أن عدم القطع في المرة الثالثة استحسان وعند الشافعي في المرة الثالثة
تقطع يده اليسرى وفي الرابعة رجله اليمنى وفي الخامسة يعزر ولا يقتل له ما روي عن النبي عليه السلام
أنه قال من سرق فاقطعوه فإن عاد فاقطعوه فإن عاد فاقطعوه فإن عاد فاقطعوه
فإن عاد فاقتلوه أوجب القطع بحسب تكرار السرقة فيؤتى على أطرافه الأربعة ولأن الموجب تكرر
فيتكرر الحكم ولأن الجناية في المرة الثالثة فوق الجناية في المرة الأولى فيشرع فيها القطع حدا كما
في الأولى وهذا لأن الإنسان متى أقيم عليه الحد مرارا ثم تزاد في سنه الجنايات كان أقبح مما لو سرق
مرة باتفاق الحال فدل إيجاب القطع في الأولى على إيجابه في الثالثة بالطريق الأولى ولنا قوله
تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما أي أيمانهما بدليل فاقطعوا أيمانهما في قراءة عبد الله
ابن مسعود وليس للواحد إلا يمين واحدة فلا يشرع قطع اليسار حدا ولهذا أجمع العلماء على
قطع الرجل اليسرى في المرة الثانية فلو كان قطع اليسار مشروعا لقطعت في الثانية اليد اليسرى
لا الرجل ولأن الحد لا يثبت إلا بالتوقيف أو بالاتفاق ولم يوجد في قطع اليسار لا هذا ولا
ذاك فلا يثبت يدل على هذا ما ذكره في الأسرار بقوله احتج محمد في الأصل أن عليا شاور الصحابة
في هذه المسألة فأشار بعضهم بقطع اليسرى فقال فبأي شيء يستنجي وبم يرفع لقمته وأشار بعضهم
بقطع الرجل اليمنى فقال فبأي شيء يمشي إلى حاجته فقد راعته القطع قال صاحب الأسرار ولم يحتج
أحد عليه بنص في الباب فتبين أنه لا نص في الباب ولأن الحد شرع زاجرا لا متلفا ولهذا
لا يقام في الحر الشديد ولا في البرد الشديد ولا في حالة المرض وإقامة الحد في المرة الثالثة
أو الرابعة يفضي إلى إتلاف جنس منفعة البطش أو جنس منفعة المشي فذاك إتلاف حكما أو
فيه شبهة الإتلاف وذلك لأن جميع أجناس المنفعة إذا أتلف يلزم تلف النفس حقيقة وفي
تلف جنس من منافع النفس شبهة تلف النفس فلا يقام في المرة الثالثة والرابعة لأن الحدود
تندرئ بالشبهات ثم لما لم يجب القطع يخلد في السجن إلى أن يتوب ويعزر لأنه أتى بالمنكر فلا بد

من زاجر والجواب عن الحديث قلنا إنه ليس بثابت ولهذا لم يثبته المحدثون في كتب
الحديث كالصحيح البخاري وغيره قال الإمام علاء الدين العالم في طريقة الخلاف طعن فيه
الكرخي فقال حفظنا الأحاديث وسألنا الحفاظ فلم نجد له أصلا وقال الشيخ أبو نصر
البغدادي قال الطحاوي إنه حديث لا أصل له لأن كل من لقينا من حفاظ الحديث ينكرونه
ويقولون لم نجد له أصلا وهو أيضا مرسل فلا يلزم الحمل به على قول الشافعي ردا على قولنا
لأن ثقات أهل الحديث قد أنكروه ولئن ثبت فالمراد منه السياسة بدليل ما ورد في ذلك
الحديث من الأمر بالقتل في المرة الخامسة فذاك محمول على السياسة عند الشافعي أيضا فكذا
يحمل القطع في الثالثة والرابعة قال في المبسوط يقتل في الخامسة عند أصحاب الظواهر قلت
لا يلتفت إليه لكونه خرقا للإجماع قوله ولهذا حاج بقية الصحابة فحجهم أي بهذا الدليل ه
غالبهم علي بما في الحجة فغلبهم بها والدليل قوله إني لأستحيي من الله أن لا أدع له يدا يأكل بها ويستنجي
بها ورجلا عليها يمشي قوله ولأنه إهلاك معنى أي لأن القطع في المرة الثالثة والرابعة إهلاك
لفوات جنس المنفعة قوله ولأنه نادر الوجود أي لأن فعل السرقة في المرة الثالثة ه
والرابعة نادر الوجود ولا يعتد بالنادر فلا حاجة إلى الزاجر قوله بخلاف القصاص جواب
سؤال مقدر بأن يقال لا نسلم أن تفويت جنس المنفعة له أثر في عدم وجوب القطع في المرة الثالثة
ألا ترى أن إنسانا لا يمين له لو قطع يسار إنسان آخر يقطع يسار القاطع قصاصا مع فوات جنس المنفعة
فقال في جوابه بخلاف القصاص وذلك لأن القصاص يعتمد على المساواة وقد وجدت فيجب القصاص
فيجب ذلك لا يلتفت إلى وقوعه تفويتا لجنس المنفعة لأن القصاص حق العبد فيجب استيفاؤه ما أمكن جبرا
لحق العبد بخلاف الحد فإنه حق الله تعالى خالصا فيسقط لشبهة الهلاك قوله والحديث طعن
فيه أي الحديث الذي تمسك به الشافعي وقد مر بيانه قوله وإن كان السارق أشل اليد اليسرى أو
أقطع أو مقطوع الرجل اليمنى لم يقطع وهذا لفظ القدوري في مختصره أي لا تقطع يده اليمنى إذا كانت
الحالة كذلك وذلك لأن فيه تفويت جنس المنفعة بطشا فيما إذا كانت يده اليسرى أشل أو أقطع
أو مشيا فيما إذا كانت رجله اليمنى مقطوعة وتفويته إهلاك معنى فلا يقام الحد لئلا يفضي إلى الهلاك
قوله وكذلك إذا كانت رجله اليمنى شلاء لما قلنا أي لا تقطع يده اليمنى أيضا إذا كانت رجله
اليمنى شلاء لأن فيه تفويت جنس المنفعة ذكرها تفريعا لمسألة القدوري قوله وكذلك
إذا كانت إبهامه اليسرى مقطوعة أو شلاء أو الإصبعان منها سوى الإبهام أي لا تقطع اليمنى إذا
كان حال اليسرى كذلك وذلك لأن قوة البطش بالإبهام والإصبعان بمنزلة الإبهام في نقصان
البطش فلو قطعت اليمنى في هذه الحالة يلزم فوات جنس المنفعة فلا تقطع لئلا يلزم الإهلاك
معنى بخلاف ما إذا كانت أصبع واحدة من اليسرى غير الإبهام مقطوعة أو شلاء حيث تقطع اليمنى
لعدم الخلل في البطش ظاهرا بخلاف الكفارة حيث اعتبر فيها في المنع من الجواز فوت أكثر الأصابع
سوى الإبهام لا فوت الإصبعين وهنا اعتبر في المنع من قطع اليمنى فوت الإصبعين لأن المانع هو
الهلاك معنى في البابين وتحققه بفوات الأكثر إلا أن الحد لما كان يسقط بالشبهة احتيط فيه فأقيم
الإصبعان مقام الإبهام وهذه المسائل معادة الجامع الصغير وقال الفقيه أبو الليث في شرح
الجامع الصغير روي عن أبي حنيفة في كتاب المجرد أنه قال إن كانت ثلاث أصابع سوى الإبهام
مقطوعة لا تقطع وكذلك إذا كان أصبعان أحدهما الإبهام فاعتبر هنالك أكثر الأصابع وتلك
الرواية توافق ما قاله في كتاب الطلاق أن الرجل إذا أعتق عبدا مقطوعة من كل يد ثلاثة ه

اصابع او اصبعان احدهما الابهام لا يجوز عن كفارة الظهار واما في هذه الرواية اعتبر فيها القوة ولم يعتبر الاكثر وهذه الرواية احوط قال الحاكم الشهيد في الكافي وان كانت رجله اليمنى مقطوعة الاصابع فان كان يستطيع القيام والمشي عليها قطعت يده وان كان لا يستطيع القيام والمشي عليها لم تقطع يده وكل شيء درأت فيه القطع ضمنته السرقة ان كانت مستهلكة الى هنا لفظ الحاكم قال شمس الائمة السرخسي في الكافي به سرق وعيناه شلاء او مقطوعة الاصابع تقطع لانها لو كانت كاملة قطعت فناقصة اولى وقال في الكافي واذا حبس السارق ليسأل عن الشهود فقطع رجل يده اليمنى عمدا فعليه القصاص وقد بطل الحد عن السارق وكذلك ان كان قطع يده اليسرى وان حكم عليه بالقطع في السرقة فقطع رجل يده اليمنى من غير ان يؤمر بذلك فلا شيء عليه وهذه المسائل ذكرناها تكثيرا للفوائد قوله واذا قال الحاكم للجلاد اقطع يمين هذا في سرقة سرقها فقطع يساره عمدا فلا شيء عليه عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا لا شيء عليه في الخطا ويضمن في العمد وهذه من المسائل المعادة في الجامع الصغير الا ذكر الخلاف فانه من الخواص قال الحاكم الشهيد وان امر القاضي بقطع يده اليمنى فقطع الحداد يساره لم يكن عليه شيء استحسانا ثم قال ولم يذكر ههنا اختلافا فانه لم يذكر محمد في الاصل اختلافا ثم قال وذكر في الجامع الصغير ان ابا يوسف ومحمدا قالا الا ان يتعمد ذلك الحداد فيضمن يده ثم قال ولو قال الحداد اخرج يدك اليمنى فاخرج يده اليسرى فقال هذه اليمنى فقطعها لم يكن على الحداد شيء في القياس وفي الاستحسان قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير روى ابن زياد عن ابي حنيفة ان الامام اذا قال له اقطع يده فقطع يساره لا يجب عليه شيء وان قال اقطع يمينه فقطع يساره فعليه القصاص وقال فخر الاسلام البزدوي في شرحه للجامع الصغير اما في الخطا فلا يضمن عندنا خلافا لزفر ووجه قوله ان الخطا ليس بموضوع في حقوق العباد فلا يعفى فيضمن جوابه انه اخطا في اجتهاد لانه قطع اليسار على تقدير ان قطع اليسار هي الواجبة والخطا في الاجتهاد معفو بالاجماع وهذا موضع الاجتهاد لان [illegible] ظاهر النص يوجب التسوية بين اليمين واليسار بخلاف الخطا في معرفة اليمين واليسار حيث يجب الضمان واليه ذهب فخر الاسلام وقيل لا ضمان ايضا اما في العمد فوجه قولهما ان المجتهد لا يعفى في عمد الظلم وقد قطع يدا معصومة لان الحداد قطع يسار السارق بلا حق لانه ما كان قطع يسار الحداد حتى يقطع الحداد فصار متعديا والقطع بسبب السرقة كان متعينا في اليمين ولانا وبل ايضا لانه قطعها عامدا الا خاطيا فيضمن دية اليد كالقاضي اذا جار في حكمه وكان القياس ان يجب القصاص لكنه لم يجب للشبهة الثابتة في الاية لان ظاهر قوله تعالى فاقطعوا ايديهما يتناول اليد من حيث ووجه قول ابي حنيفة ان الحداد اتلف اليسار واخلف خيرا منها وهي اليمين لان منفعة اليمين اكثر من منفعة اليسار وانما قلنا انه اخلف لان اليمين كانت تالفة حكما لكونها مستحقة بالقطع وهو بقطع اليسار فوت اليسار واحدث له سلامة اليمين لان مقطوع اليسار لا تقطع يمينه فلما اخلف ما هو خير لم يضمن كشاهدين شهدا ببيع عبد بالفين وقيمته الف ثم رجعا بعد القضاء لم يضمنا قال فخر الاسلام وان قطع اجنبي يساره لم يضمن شيئا ايضا هذه النكتة يعني باعتبار انه اتلف واخلف خيرا واراد باعتبار الحداد قال صاحب الهداية هو الصحيح وقال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي هذا اذا قطع الحداد بامر الامام ولو قطع غيره اليد اليسرى في الخطا تجب الدية وفي العمد القصاص ويسقط عنه القطع في اليمنى لانه لو قطعت ادى الى الاستهلاك ثم لما عرفت ان الحداد لا يضمن يجب ضمان المسروق ان كان هالكا على السارق لان سقوط الضمان عنه بوقوع القطع حدا لان القطع

والضمان

والضمان لا يجتمعان عندنا كما سيجيء في هذا الفصل ولم يقع هنا حدا فعلى هذا يجب الضمان في الخطا ايضا اما على تلك الطريقة اعني طريقة الاجتهاد الذي قلنا من طرق ابي يوسف ومحمد ان الضمان يبطل بطريق الاجتهاد فلا يضمن لوقوعه موقع الحد بالاجتهاد والحد والضمان لا يجتمعان قال في المغرب الحداد الذي يقيم الحد فعال منه كالجلاد من الجلد قوله وهو القياس اي قول زفر هو القياس قوله لان الصحيح في له راجع الى زفر وفي انه راجع الى الحداد قوله وان كان في المجتهد ان الموصل قوله للشبهة اي للشبهة الثابتة في ظاهر الاية وقد مر بيان ذلك قوله وعلى هذا اي وعلى هذا الطريق الذي قلنا وهو انه اتلف واخلف في جنسه ما هو خير منه فلا يعد اتلافا قوله ثم في العمد عنده عليه ضمان المال اي عند ابي حنيفة يجب على السارق ضمان المسروق ان كان هالكا لان القطع لم يقع حدا وانما خص ابا حنيفة بالذكر وان كان الضمان على السارق بالاتفاق دفعا لوهم من توهم ان قطع اليسار وقع حدا عنده لانه لم يوجب الضمان على الحداد فازال الوهم وقال يجب الضمان على السارق لان القطع لم يقع حدا وعدم وجوب الضمان على الحداد لا باعتبار ان القطع وقع حدا بل باعتبار انه اتلف واخلف خيرا اما مذهبهما فظاهر ولا حاجة الى ذكره لانهما يضمنان الحداد في العمد فلا يقع القطع حدا لا محالة فيضمن السارق لانه لا يلزم الجمع بين الضمان والقطع حد قوله وفي الخطا كذلك على هذه الطريقة اي يجب الضمان ايضا على السارق لان القطع لم يقع حدا وذلك لان الضمان انما يسقط اذا وقع القطع حد اجزاء ونكالا من الله تعالى فلم يقع فيجب الضمان قوله وعلى طريقة الاجتهاد لا يضمن لان قطع اليسار وقع حدا فالضمان لا يجتمع معه قوله ولا يقطع السارق الا ان يحضر المسروق منه فيطالب بالسرقة وهذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لما روى اصحابنا في كتبهم ان عمرو بن سمرة اتى النبي عليه السلام فقال يا رسول الله اني سرقت جملا لبني فلان فارسل النبي عليه السلام اليهم فقالوا انا فقدنا جملا فامر النبي عليه السلام به فقطع فلو لم يكن مطالبة المسروق منه معتبرة لقطعه النبي عليه السلام بمجرد الاقرار ولان الخصومة شرط لظهور السرقة فلا بد من حضور المسروق منه ثم لا فرق في ظاهر الرواية عن اصحابنا بين ان يثبت السرقة بالبينة او بالاقرار بان اقر انه سرق ثوبا من فلان وهو غائب فلا يقطع حتى يحضر المسروق منه وعن ابي يوسف انه قال اقطعه بالاقرار وان لم يكن المسروق منه حاضرا وبه اخذ الشافعي وذلك لان القطع حق الله تعالى وخصومة العبد تعتبر ليظهر سببه وقد ظهر بالاقرار فلا حاجة الى شرط الخصومة كما اذا اقر بالزنا بامراة غائبة حيث يقام عليه الحد ولنا ان المقر به للمقر ظاهرا ما لم يوجد التصديق من المقر له ولهذا لو اقر لغائب ثم لحاضر جاز فاذا كان زوال ملكه موقوفا الى التصديق يبقى كان اقل احواله شبهة والحد يندرئ بالشبهة فصار الاقرار كالشهادة حيث لا يثبت القطع اذا ثبتت السرقة بالشهود ما لم يحضر المسروق منه لجواز التكذيب منه فكذا هنا كما لو قال سرقتها ولا اعرف صاحبها ثم وجوب القطع بالاقرار مرة او مرتين ذكرناه قبيل باب ما يقطع فيه وما لا يقطع فينظر ثمة قوله وكذا اذا غاب عند القطع عندنا يعني لا يقطع السارق ايضا اذا غاب المسروق منه عند القطع عندنا خلافا للشافعي كما لا يقطع اذا كان غائبا عند الشهادة او الحكم وقال ابن ابي ليلى يقطع وان كان المسروق منه غائبا في وقت الشهادة او الحكم كذا ذكر الحاكم مذهبه لكن يقطع عنده في خمسة

دراهم لنا ان الامضا من القضا في الحدود ولهذا يجعل الاسباب الحادثة في الشهود كالارتداد
والفسق والجنون والعمى والموت بعد القضا قبل الامضا كالحادثة قبل القضا وقد مر بيانه
في باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها فاذا كان الامضا كالقضا ففي حالة القضا يشترط حضور
المسروق منه لجواز التكذيب فكذا في حالة الامضا ثم اذا احضر المسروق منه لكن الشاهدان
غايبين لم يقطع ايضا حتى يحضروا ثم رجع ابو حنيفة عن ذلك وقال يقطع وهو قول ابي يوسف
ومحمد وكذلك في كل الحدود سوى الرجم وقد مر ذكره قبيل ما يقطع فيه وما لا يقطع ثم اعلم ان
التقادم مانع للشهادة في الحدود الا في حد القذف الا انه يضمن السرقة وليس بمانع للاقرار
فيؤخذ به الا الشرب فلا يؤخذ به عندهما خلافا لمحمد وقد مر بيانه اولا في اول باب الشهادة على
الزنا والرجوع عنها فينظر ثمه **قوله** وللمستودع والغاصب وصاحب الربا ان يقطعوا السارق
منهم ولرب الوديعة ان يقطعه ايضا وكذا للمغصوب منه وهذه من باب المسائل المعادة
في الجامع الصغير الا قوله ولرب الوديعة ان يقطعه ايضا وكذا للمغصوب منه فانه من الخواص
والمستودع بفتح الدال وهو الذي عنده الوديعة اعلم ان السارق من المودع او المستعير او المستاجر
او المضارب او المستبضع او الغاصب او كاسب الربا او المرتهن او القابض على سوم الشرا او
القابض بعقد فاسد او كل من له يد حافظة كالاب والوصي ومتولي الوقف يقطع اذا ظهرت
السرقة بخصومة هولا عندنا خلافا لزفر والشافعي للشافعي ان هولا ليس لهم حق الاسترداد
فلا يلتفت الى خصومتهم لان الشرط ان يكون المسروق مملوكا للمسروق منه ولزفر ان خصومة
هولا ضرورية لا مطلقة والحد لا يثبت بالضرورة اعني انها لضرورة الحفظ فلو صحت في
حق القطع لزم تفويت الحفظ لان عصمة المال ترتفع حينئذ ولان شبهة الاذن بالاخذ من المالك
او التمليك ثابتة والحد لا يثبت بالشبهة ولنا ان السرقة من حرز مستتم لا شبهة فيه ظهرت
بحجة كاملة وهي شهادة رجلين عند خصومة معتبرة فيجب القطع وهذا لان لهم حق الانتفاع
او اعادة البدل للمسروق الى المالك فتعتبر خصومتهم فلما ظهرت السرقة يترتب عليه القطع
لا محالة بالنص وسقوط العصمة ضمني حصل في ضمن استيفا القطع فلا يعلل لان ذلك لم يحصل
بمباشرة المودع ونحوه وشبهة الاذن موهومة لا امارة عليها بل قامت الامارة على خلافها
وذلك لان الشبهة احتمال قامت الامارة عليه الا انه لا يعمل به لمعارضة دليل فوقه فتبقى
صورة الامارة شبهة ثابتة ولم توجد هنا امارة ملك السارق بل قامت الامارة بخلاف
ذلك لانه لو كان له اذن او ملك لما اخذه بسبيل المسارقة وفسر الصدر الشهيد والعتابي
صاحب الربا في شرح الجامع الصغير بمن باع عشرة دراهم بعشرين وقبض العشرين ثم جاء
انسان وسرق العشرين منه يقطع بخصومته عندنا **قوله** ويقطع بخصومة المالك في
السرقة من هولا يعني اذا سرق السارق المال من هولا الجماعة المذكورين فخاصمه مالك المال
يقطع بخصومته وان لم يسرق من عنده قال في كفاية البيهقي قال حضر المالك وغاب المودع
هل يقطع بخصومة المالك فيه روايتان وذكر القدوري في شرح مختصر الكرخي يقطع
بخصومة المغصوب منه وذكر ليس للراهن القطع الا ان يقضي الدين ثم يخاصم لانه ليس
له قبض العين وكذلك ذكر في المحيط والايضاح فعلم بهذا ان النسخة الصحيحة في المتن
هي ما روي الا ان الراهن انما يقطع بخصومته حال قيام الرهن بعد قضا الدين لانه لا حق
له في المطالبة وليس النسخة الاخرى بصحيحة وهي قوله انما يقطع بخصومته حال قيام

الرهن

الرهن قبل قضا الدين او بعده لانه لا حق له فافهم وانما قيد بحال قيام الرهن لانه لو هلك الرهن
في يد السارق فللمرتهن قطعه دون الراهن لانه بطل عنه الدين اما قطع المرتهن فهو مذكور
في شرح القدوري والاجناس وغيرهما واما عدم قطع الراهن فقد ذكره صاحب المحيط وعلل
كذلك وينبغي ان يكون للراهن ايضا ولاية القطع اذا كان قيمة الرهن اكثر من الدين والزايد
يساوي عشرة وذلك لان الزايد كان امانة في يد المرتهن فاذا هلك في يده لم يكن عليه
الضمان لعدم التعدي ولا كذلك السارق لانه متعدي مضمون عليه ما اخذه وللراهن حق مطالبة الزايد على
قدر الدين فصار الراهن والمرتهن في قدر الزايد بمنزلة رب الوديعة مع المودع حيث يكون لكل واحد
منهما قطع السارق فكذا ههنا **قوله** لانه لا حق له في المطالبة بالعين بدونه اي لا حق للراهن في
المطالبة بالعين المرهونة بدون قضا الدين وهذا ايضا يحقق ما قلنا من النسخة الصحيحة
قوله والشافعي بناه على اصله ان لا خصومة لهولا في الاسترداد عنده وان مخففة من الثقيلة
وفيها ضمير الشان يعني اذا اخذ من في يده المال لا يكون لهولا الخصومة في الاسترداد عنده ما لم
يحضر المالك وعندنا لهم ذلك **قوله** لان فيه تفويت الصيانة اي لان في القطع بخصومة هولا
تفويت الحفظ لان عصمة المال تسقط بالقطع فلا يبقى محفوظا بعد ان كان محفوظا مضمونا فلهذا قال زفر
لا يقطع بخصومتهم كيلا يضيع المال **قوله** وسقوط العصمة ضرورة الاستيفا فلا يعتبر جواب
لقول زفر لان فيه تفويت الصيانة وقد اندرج بيانه فيما قلنا **قوله** ولا معتبر بشبهة موهومة الاعتراض
جواب سوال مقدر بان يقال شبهة الاذن من المالك ثابتة فلا يقطع بخصومة هولا فاجاب به يعني لا
اعتبار لشبهة موهوم اعتراضها بل الاعتبار لشبهة محققة الا ترى انه يقطع بخصومة رب الوديعة مع
غيبة المودع في ظاهر الرواية اعني رواية الجامع الصغير مع ان فيه شبهة موهومة ايضا بان يقول
المودع اذا احضر كان السارق ضيفا عندي ماذونا بالدخول في البيت وكذا يقطع بالاقرار مع ان
الشبهة متوهمة بالرجوع عن الاقرار فعلم ان الاعتبار للشبهة القايمة الموجودة في الحال لا للشبهة
المتوهمة المحتملة الاعتراض **قوله** في ظاهر الرواية اراد به الجامع الصغير واحترز به عما
نقل في الاجناس عن نوادر بن سماعة عن محمد ان غاب المستودع وحضر رب الوديعة ليس له القطع
الا بحضرة المستودع **قوله** وان قطع سارق بسرقة فسرقت منه لم يكن له ولا لرب السرقة ان
يقطع السارق الثاني وهذه من مسايل الجامع الصغير واراد بالسرقة العين المسروقة اطلاقا
لاسم المصدر على المفعول كما في نسج اليمن ونقل صاحب الاجناس عن كتاب السرقة الاصل اذا سرق
السارق رجل ولم يقطع يد السارق الاول فله القطع على السارق الثاني ولو كان قطع يد السارق
الاول لم يجب القطع على الثاني ثم قال ذكره في الجامع الصغير ثم قال وقال محمد في نوادر هشام ان
قطعت يد السارق الاول لم اقطع يد السارق الثاني وان درات القطع عن الاول لشبهة قطعت يد
الثاني وفي الاملاء عن ابي يوسف مثله الى هنا لفظ كتابه وذكر الطحاوي والكرخي انه لا يقطع
السارق من السارق مطلقا ولم يقيدا بقطع الاول والحق التفصيل فان قطع الاول لا يقطع
الثاني لارتفاع عصمة المحل فكانت سرقة مال غير معصوم وان لم يقطع الاول يقطع بخصومة
الثاني لان الاول بمنزلة الغاصب ثم في استرداد العين للسارق الاول بعد قطع يده من
الثاني روايتان في رواية له ذلك لان الرد واجب عليه الى المالك اذا كانت العين قايمة وفي
رواية ليس له ذلك لان يده ليست بصحيحة لانها ليست بيد ملك ولا يد ضمان لانتفا العصمة
بالقطع حد اولا يد امانة فيكون الاسترداد للمالك اما اذا دري الحد عنه ثم سرقه الثاني

فلا رواية في الاسترداد عن اصحابنا وينبغي ان يسترد لان يده يد ضمان كالغاصب فيسترده
ليتخلص عن الضمان **قوله** وللاول اي للسارق الاول لحاجته اي لحاجة الاول اذ الرد
واجب عليه اي على السارق الاول وهو في موقع التعليل لقوله لحاجته ولم يوجد اي القطع
فصار كالغاصب اي صار السارق الاول كالغاصب وللغاصب ان يقطع خصومته فكذا
للسارق الاول **قوله** ومن سرق سرقة فردها على المالك قبل الارتفاع الى الحاكم لم يقطع
وهذه من مسايل الجامع الصغير المعادة ولم يذكر الخلاف عن اصحابنا في ظاهر الرواية وروي
عن ابي يوسف انه يقطع وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير وفي قول ابن ابي ليلى اذا
رد قبل ان يرتفع الى القاضي او بعدما رفع لا يسقط القطع ووجهه ان القطع حق الله تعالى ولا
يحتاج فيه الى الخصومة قياسا على حد الزنا وقياسا على ما بعد المرافعة وهذا هو القياس ووجه
الاستحسان ان حق الله تعالى ثبت في ضمن حق العبد وحق العبد لا يثبت بدون الخصومة وقد
ارتفعت الخصومة برد المسروق الى المالك فلما لم يثبت حق العبد لم يثبت ما في ضمنه بخلاف ما اذا
رد بعد المرافعة لانه فعل ما يفعله الحاكم لان الحاكم يقطع ويرد المال الى مالكه ان كان قايما فلا
تكون فايدة في رد السارق فلا يسقط القطع قياسا واستحسانا ولان الخصومة بالنزاع انتهت الى
نهايتها والشيء بانتهايه يتاكد ويتقرر فلما كان كذلك قلنا بوجود الخصومة تقديرا وان لم توجد
تحقيقا وهي شرط لظهور السرقة فوجد الظهور بوجود شرطه فيتوقف القطع لانه حكم
السرقة بالنص قال الامام الزاهد العتابي في اواخر الكتاب من شرح الجامع الكبير وان رده
الى ابن المسروق منه او الى اخيه او الى عمه او خاله وهم في عياله لا يقطع استحسانا وكذا
اذا رده الى امراته او الى اجيره مشاهرة او عبده استحسانا يريد به قبل النزاع لان يد
من في عياله كيده من وجه حتى يبرا المودع بالرد الى هولا بخلاف الغاصب لا يبرا بالرد
الى هولا وان رده الى ابيه او امه او جده او جدته لم يقطع سواء كانوا في عياله او لم يكونوا
في عياله استحسانا لان لهم شبهة ملك فكان يد هولا كيده من حيث الشبهة اما المودع يضمن
بالدفع الى هولا والغاصب لا يبرا ولو رده الى من في عياله والده قطع ولو رده الى مكاتب
المسروق منه لم يقطع استحسانا وان لم يكن في عياله لان المولى حقا وعلى هذا المودع اذا
رد الوديعة الى مكاتب المودع او الى من في عيال المودع لم يضمن وكذا اذا سرق من المكاتب
ورده الى مولاه لم يقطع لما مر ولو رده الى من المسروق منه في عياله لم يقطع استحسانا
لان يد العايل كيد العيال في حق الامانات حتى ان المودع لو دفع الوديعة الى عايله يعني الى
الذي المودع في عياله لم يضمن وهذه الرواية لم توجد الا في هذا الكتاب اي هنا لفظه
كتابه فكتبته تبركا وتكثيرا للفوايد **قوله** لان البينة وفي بعض النسخ ولان البينة بالواو
والاول هو الذي وقع بتصحيح كتابي بخط يدي عند الثقات وكان نسخة الامام حافظ الدين
الكبير البخاري التي كانت بخط يده كذلك وقدره التقرير انفا **قوله** بحصول مقصودها الضمير
راجع الى الخصومة اي بحصول المقصود من الخصومة والمقصود هو وصول المسروق
الى المالك **قوله** فتبقى تقديرا اي تبقى الخصومة تقديرا **قوله** واذا قضي على رجل بالقطع
في سرقة فوهبت له لم يقطع قال صاحب الهداية معناه اذا سلمت يعني الى السارق وانما
شرطه لان الهبة اذا لم تتصل بالتسليم والقبض لا يثبت الملك وهذه من خواص الجامع
الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل سرق سرقة فقضي

القاضي

القاضي بالقطع ثم وهب رب السرقة السرقة للسارق قال يدرا عنه القطع قال الامام علاء الدين
العالم في طريقة الخلاف قال علماونا رضي الله عنهم السارق اذا ملك المسروق بعد القضا
قبل الاستيفا بالهبة وغيرها من اسباب الملك لا يجوز استيفا القطع وقال زفر والشافعي يجوز
واجمعوا على انه لو ملكه قبل الخصومة لا يجوز استيفا القطع ولو ملكه بعد الخصومة قبل
القضا عندنا لا يجوز وللشافعي فيه قولان الى هنا لفظه وروي عن ابي يوسف ان القطع
لا يسقط بالملك بعد النزاع لهم ان السرقة تقدمت والملك بعد النزاع لا يتبين انه ما كان
سارقا فلا يثبت الشبهة فيجب القطع ولنا ان الامضا من القضا في باب الحدود دليل الجوح
الحادث كالكفر والعمى ونحو ذلك بعد القضا قبل الامضا والملك الحادث في هذه الحادث
في هذه الحالة كالملك الحادث قبل القضا لان القاضي لما لم يمض صار كانه لم يقض فلا
يتمو في القطع قبل القضا وهذا لان القاضي لا يخرج عن عهدة القضا في باب الحدود بمجرد
قوله قضيت بل بالاستيفا جلدا او رجما او قطعا فلا جرم كان الامضا من القضا بخلاف حقوق
العباد فانه ثمة بمجرد قوله قضيت يخرج عن عهدة القضا ولان السارق لو قطع بعد الملك قطع في
ملك نفسه فلا يجوز ان يقطع الانسان في ملك نفسه ولان السبب الطاري في الحدود يجعل كالموجود
في الابتدا في حق الاسقاط لان في الايجاب الا ترى ان رجلا اذا قذف احصن في المقذوف يسقط
الحد عن القاذف فكذا فيما نحن فيه لما ملكه بعد القضا صار كانه مالكا وقت السرقة فصار شبهة
فسقط الحد كما لو اقر بالمسروق للسارق وكما اذا قامت البينة انه للسارق فان قلت
ان الشافعي يتمسك بما روي عن صفوان ابن امية انه كان نايما في المسجد متوسدا رداه فجا سارق
وسرقه فاتي به النبي عليه السلام فامر به ليقطع فقال هو له يا رسول الله فقال رسول الله عليه
السلام فهلا قبل ان تاتيني به قلت متن الحديث مضطرب في بعض
الرواية هو له وفي بعضها هو عليه صدقة وفي بعضها انا ابيعه فيتوقف الى ان يصح ولين صح فلا
نسلم ان النبي عليه السلام قطعه لانه لا يفهم ذلك من قوله فهلا قبل ان تاتيني به ولين صح القطع
فنقول لا نسلم ان الحديث يتعلق بموضع النزاع لانه لا يفهم من قول الرجل هو له انه امضيه
الهبة وبدون القبض لا يثبت الملك او نقول ان النبي عليه السلام اشار اليه بالسفر يعني انك
تريد الهبة فلم تفتحه بالعوض على فهلا وهبته قبل ان تاتيني **قوله** ولهذا العارض لانه
يتبين قيام الملك وقت السرقة اي بعارض الهبة والبيع بعد القضا لا يظهر ان السارق كان مالكا
له وقت السرقة بل يقتصر الملك على وقت وجود الهبة والبيع واحترز به عن الاقرار فان
المسروق منه اذا اقر بالمسروق للسارق بعد القضا يجعل الملك فيه ثابتا من وقت السرقة
قوله لوقوع الاستغناء عنه بالاستيفا اذ القضا للاظهار والقطع حق الله تعالى وهو ظاهر
عنده يعني ان الامضا انما كان من القضا في باب الحدود لان الاستغناء عن القضا يحصل بالاستيفا
والامضا لا بمجرد القضا بقوله قضيت لان القضا لاظهار من له الحق بحقه وههنا من له الحق هو
الله تعالى وحقه ظاهر عنده لا يعزب عن علمه مثقال ذرة في الارض ولا في السما فلا حاجة الى
الاظهار ولانه تحصيل الحاصل فكان المقصود من القضا الامضا فاشترطت الخصومة عند
الامضا لان حق الاستيفا انما يكون اذا كان القطع واجبا وانما يجب القطع اذا قامت
الحجة موجبة للقطع وانما تكون الحجة موجبة للقطع اذا كانت الخصومة قايمة عند
استيفا القطع وعند الاستيفا ارتفعت الخصومة بالملك العارض هبة او بيعا فلم تكن الحجة

موجبة للقطع لعدم الخصومة فلم يجز الاستيفاء لعدم وجوب القطع فصار الملك الحادث بعد
القضاء كالملك قبل القضاء لانه لما لم يمض فكأنه لم يقض وهو معنى قوله فصار كما اذا ملكها منه
قبل القضاء اي ملك المسروق منه السرقة اي العين المسروقة من السارق وفي بعض النسخ عنه
قبل القضاء اي عند الله تعالى **قوله** قال وكذلك اذا نقصت قيمتها من النصاب يعني قبل الاستيفاء
بعد القضاء وهذه من مسائل مختصر القدوري ولفظه فيه وان وهبها من السارق او باعه اياها
او نقصت قيمتها من النصاب لم يقطع قلت اما الهبة والبيع فقد مر بيانهما آنفا واما نقصان القيمة من
حيث السعر بعد القضاء فهل يمنع القطع ام لا فنقول فيه روايتان عن اصحابنا في رواية الكرخي شرط
القطع كمال النصاب وقت الاخذ ووقت القطع جميعا وفي رواية الطحاوي وقت الاخذ فحسب حتى
لو انتقصت قيمته من النصاب يقطع كذا ذكره القدوري في شرحه عن محمد وهو قول زفر والشافعي
وجه ما روي عن محمد ان نقصان العين من النصاب بعد الاخراج لا يؤثر في سقوط القطع فكذا
نقصان القيمة من حيث السعر لان سبب القطع سرقة النصاب وقد وجدت ولنا ان كمال النصاب
وقت الاخراج لما كان شرطا لوجوب القطع كان قيامه وقت القطع ايضا شرطا ايضا لان الامضاء
من القضاء في الحدود وبيانه ان القطع يجب بقضاء القاضي بالحجة الموجبة للقطع وانما تتم الحجة موجبة
للقطع عند الاستيفاء فيعتبر كمال النصاب عند الاستيفاء وقياس نقصان السعر على نقصان الاجزاء
ضعيف لان الاجزاء اذا فاتت بعد الاخراج بالهلاك او الاستهلاك يكون مضمونا على السارق دينا في
ذمته فيكون النصاب كاملا عينا في حالة الاخراج ودينا في حالة الاستيفاء الا ترى انه اذا تلف
كله يجب القطع فكذا اذا تلف بعضه وليس كذلك نقصان السعر فانه ليس بمضمون على السارق
لان النقصان ليس بمضاف اليه بل الى فتور رغبات الناس ولهذا اذا رد العين لا يؤاخذ بما
انتقص من السعر فاذا قطع مع نقصان السعر قطع فيما ليس بنصاب فلا يجوز ذلك وهذا معنى
قوله فافترقا اي افترق نقصان السعر ونقصان العين حيث وجب القطع في الثاني دون الاول
قوله واذا ادعى السارق ان العين المسروقة ملكه سقط القطع عنه وان لم يقم بينة
وهذا لفظ القدوري في مختصره قال صاحب الهداية معناه بعد ما شهد الشاهدان بالسرقة
يعني سقوط القطع عن السارق بمجرد الدعوى بدون اقامة البينة على ان العين المسروقة ملكه
فيما اذا كان الدعوى بعد الشهادة لانه اذا اقر بالسرقة ثم رجع يسقط القطع بالاتفاق وقال صاحب
الهداية قال الشافعي لا يسقط بمجرد الدعوى يعني لا يسقط ما لم يقم البينة على ان العين ملكه
وعلل بقوله لانه لا يعجز عنه سارق فيؤدي الى سد باب الحد قلت والمشهور عن الشافعي
ان السارق اذا قال سرقت ملكي يسقط القطع عنه بمجرد دعواه كذا في وجيزهم وفيه ايضا لو
قال السارق هو ملك شريكي في السرقة فلا قطع وفيه ايضا ولو قال العبد السارق هو ملك
سيدي فلا قطع وان كذبه السيد فعلم ان ذكر الخلاف فيه نظر فلعل صاحب الهداية وجد
نقلا صحيحا في خلافه ولنا ان الحد يسقط بالشبهة وقد تحققت الشبهة بمجرد دعوى الملك لاحتمال
انه سرق ملكه فلا يسقط الا ترى ان المقر بالسرقة اذا رجع صح رجوعه وان كان لا يعجز عنه
كل مقر فيسقط القطع فعلم ان مجرد العجز لا يمنع سقوط القطع **قوله** بما قال اي الشافعي واراد
به تعليله بقوله لانه لا يعجز عنه سارق **قوله** واذا اقر رجلان بسرقة ثم قال احدهما هو
مالي لم يقطعا وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة وذلك لان الرجوع عن الاقرار
صحيح لعدم المكذب بخلاف حقوق العباد الا ترى ان النبي عليه السلام قال بعدما هرب ماعز

من الحد

من الحد هلا خليتم سبيله وهرب كان دليل رجوعه فاذا صح دليل الرجوع فحقيقة الرجوع
اولى فلما صح الرجوع درئ الحد عن الراجع ودرئ عن شريكه ايضا لتمكن الشبهة لان الفعل
واحد **قوله** فان سرقا ثم غاب احدهما وشهد شاهدان على سرقتهما قطع الاخر في قول ابي
حنيفة الاخر وكان يقول اولا لا يقطع وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة قال فخر
الاسلام في شرح المبسوط شهدا على رجلين انهما سرقا من فلان الفا واحدهما غايب يقطع
الحاضر استحسانا وجه قوله الاول ان الحاضر لو قطع قطع مع الشبهة فلا يجوز ذلك لان
الحد يدرأ بالشبهة وهذا لان الغايب لو حضر ربما يدعي شبهة دارئة للحد عن نفسه وعن
شريكه بان يقول سرقنا مالنا كالقصاص المشترك بين اخوين احدهما غايب فاقام الحاضر
البينة لا يستوفي القصاص ما لم يحضر الغايب ويعيد البينة لشبهة العفو ووجه قوله
الاخر ان السرقة لا يثبت على الغايب لان القضاء على الغايب لا يجوز فصار الغايب في حكم هذه
الشهادة كانه معدوم والعدم لا يصلح شبهة في حق الاخر كما اذا شهدوا على فلان انه زنى بفلانة
وهي غايبة يحد الرجل استحسانا وهذا لان المعتبر هي الشبهة المحققة الموجودة في الحال لا
الشبهة المعدومة الموهومة الا ترى ان النبي عليه السلام حد ماعزا ولم يعتبر الشبهة الموهومة
من جهة الغايبة فعلم ان توهم الشبهة ليس في تحققه قوله عليه السلام ادرؤوا الحدود
بالشبهات ولم يقل بتوهم الشبهات بخلاف شبهة العفو من احد شريكي القصاص من الغايب فانها
موجودة في الحال لا موهومة لان الامارة قايمة عليها لقوله تعالى وان تعفوا اقرب للتقوى
قال الحاكم الشهيد في الكافي فان جاء الغايب بعد ذلك لم يقطع بالشهادة الاولى حتى يعاد عليه تلك
البينة او غيرها فيقطع حينئذ **قوله** على ما مر اشارة الى ما ذكر قريبا من ورقة بقوله ولا
معتبر بشبهة موهومة الاعتراض كما اذا حضر المالك وغاب المؤتمن **قوله** واذا اقر العبد
المحجور عليه بسرقة عشرة دراهم بعينها فانه يقطع ويرد السرقة الى المسروق منه وهذا
عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقال ابو يوسف انه يقطع والعشرة للمولى وقال محمد لا
يقطع والعشرة للمولى وهو قول زفر وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة اعلم ان
العبد اذا اقر بسرقة فلا يخلو اما ان كان محجورا عليه او ماذونا له في التجارة والمال
قايم او هالك فان كان محجورا والمال قايم ان صدقه مولاه يقطع ويرد المال الى المسروق منه
وان كذبه مولاه فقال الدراهم مالي ففيه الاختلاف المذكور فعند ابي حنيفة القطع والرد
الى المسروق منه وعند ابي يوسف القطع دون الرد وعند محمد لا قطع ولا رد ويضمن
مثله بعد العتاق وان كان المال هالكا صح اقراره بالحد في قول اصحابنا جميعا ولا ضمان عليه
سواء صدقه مولاه او كذبه وان كان ماذونا صح اقراره بالحد والمال في قول اصحابنا جميعا
سواء صدقه مولاه او كذبه ثم ان كان المال قايما يرد الى المسروق منه وان كان هالكا فلا ضمان
اصلا لان القطع حد او الضمان لا يجتمعان عندنا وعند الشافعي يقطع المحجور والمال للمولى لكن
قال ابو يوسف الا انه يضمن مثله اذا عتق لان من اصله ان القطع لا يزيل الضمان وهذا اذا كان
العبد كبيرا وقت الاقرار اما اذا كان صغيرا فلا قطع عليه اصلا لكنه ان كان ماذونا يرد
المال الى المسروق منه ان كان قايما وان كان هالكا يضمن وان كان محجورا فان صدقه المولى
يرد المال الى المسروق منه ان كان قايما اما اذا كان هالكا فلا ضمان عليه لا في الحال ولا بعد
العتق كذا ذكره الامام الاسبيجابي والاصل هنا ان اقرار العبد بالحد والقصاص صحيح عندنا

لان الاصل ان كل ما لا يصح اقرار المولى فيه على عبده يصح اقرار العبد فيه والمولى اذا اقر على
عبده بالقصاص او بحد الزنا او القذف او الشرب او القطع في السرقة لا يصح فلو اقر العبد
بهذه الاشياء صح وعند زفر اقرار العبد بذلك ليس بصحيح لانه يوجب استحقاق رقبته
او جزئه على المولى وذلك مال المولى واقرار الرجل على غيره ليس بصحيح ولهذا لو اقر برقبته
لانسان آخر لا يصح فكذا اقراره بالقصاص ولنا ان اقراره بالحد والقصاص صحيح لان وجوب الحد
باعتبار الادمية لا باعتبار المالية والعبد في معنى الادمية مثل الحر سواء فيصح اقراره كالحر ولانه
ليس بمتهم في اقراره لان الضرر الذي يلحق نفسه اكثر من الضرر الذي يلحق مولاه من جهة المالية ولهذا
اذا شهد العبد برؤية هلال رمضان وفي السماء علة يقبل الامام شهادته لعدم التهمة لانه يلحقه
مشقة الصوم فيثبت الحكم في حقه ثم يثبت في حق غيره تبعا اما اذا اقر المولى على عبده فيما دون
النفس فيما يجب فيه الدفع او الفدا ايصح اقرار المولى عليه ان لم يكن عليه دين لان ما دون النفس يسلك
فيه مسلك الاموال فصار كانه اقر على نفسه بما اقر فيصح وان كان عليه دين فلا يصح وجه قول محمد
في المحجور ان الاصل في باب السرقة هو المال لان القطع لا يكون الا بالجناية على مال مخصوص
واقراره بالمال لا يصح لان ما في يده لمولاه فكذا لا يصح اقراره بالقطع لانه بناء على المال ولهذا لا يصح
اقراره بالغصب فاذا بطل الاصل بطل التبع او نقول العبد لا يقطع في مال المولى وما في
يده لمولاه فلا يقطع ووجه قول ابي يوسف ان اقراره يتضمن شيئين القطع والمال فالاول على
نفسه فيصح لعدم التهمة والثاني على مولاه فلا يصح للتهمة ولا يلزم من ثبوت القطع ثبوت
المال ولهذا اذا اقر بسرقة مستهلكة وجب القطع دون المال الا ترى ان رجلا لو قال سرقت
هذا الثوب الذي في يد زيد من عمرو يقطع ولا يثبت الثوب للمقر له ووجه قول ابي حنيفة
ان اقراره بالقطع صحيح لانه باعتبار الادمية وباعتبار انه ليس بمتهم فيه لان الالم الذي
يلحقه اكثر من الضرر الذي يلحق المولى في المال فلما صح اقراره بالقطع صح اقراره بالمال ايضا
تبعا وضمنا لان المال تبع في حالة البقا ولهذا لو هلك المال او استهلكه صح اقراره بالقطع بالاتفاق
وهذا لان الاقرار يلاقي حالة البقا لانه اخبار عن امر قد كان فيكون وجود المخبر به سابقا
فيكون الاقرار ملاقيا للبقا لا محالة والقطع في البقا اصل والمال تابع لما قلنا ولان عصمة المال
تسقط بوجوب القطع فاذا صح الاصل تبعه ما كان تبعا له فيرد المال الى المسروق منه لانه
لا قطع في مال المولى ولا يشبه هذا سرقة ثوب في يد زيد من عمرو حيث يجب القطع وان لم يرد
الثوب الى عمرو لانه لا يجوز ان يكون لعمرو وهو مودع او في سرقة ما في يد المودع يقطع بخصومته
وان لم يرد المال اليه وهنا اذا لم يرد الى المسروق منه يلزم ان يكون القطع في مال المولى وهو
فاسد **قوله** وهذا عند ابي حنيفة اي القطع والرد **قوله** ومعناه اذا كذبه المولى اي
معنى الاختلاف فيما اذا كان قائما ولو اقر بسرقة مال مستهلك صح اقراره بالقطع باتفاق اصحابنا
ولا ضمان عليه صدقه مولاه او كذبه كذا في شرح الطحاوي وغيره **قوله** في الوجهين اي فيما
اذا كان المال قائما او هالكا **قوله** وقال زفر لا يقطع في الوجوه كلها اي فيما اذا كان العبد
محجورا او ماذونا والمال قائم او مستهلك **قوله** لانه يرد على نفسه وطرفه اي لان اقرار العبد
يرد على نفسه اذا اقر بقتل العمد وعلى طرفه اذا اقر بالسرقة ونفسه وطرفه مال المولى فلا
يصح لكن الماذون يواخذ بالضمان اذا استهلك المال ويواخذ بالمال ان كان قائما لان الماذون
مسلط على الاقرار من جهة المولى فلا يصح من المحجور الاقرار بالمال ايضا لانه ليس بمسلط من

جهة

جهة المولى **قوله** ومثله مقبول على الغير اي مثل الاقرار الذي يشتمل على المقر مقبول
على الغير ايضا تبعا كما في شهادة العبد برؤية هلال رمضان وقد مر آنفا **قوله** ولهذا
لا يصح منه الاقرار بالغصب ايضاح لقول محمد ان اقرار المحجور بالمال باطل بدليل عدم
صحة اقراره بالغصب **قوله** في سرقته اي في سرقة مال المولى فيها اي في السرقة لا
قوله حتى يصح الخصومة فيه بدون القطع هذا ايضاح لكون المال اصلا والقطع
تابعا والضمير في فيه راجع الى المال يعني لو قال المسروق منه انا ابغي المال لا القطع
يصح خصومته ولو قال على العكس انا ابغي القطع لا المال لا تصح خصومته والدليل على
كون المال اصلا ايضا ان المال يثبت ولا قطع ثمة كما اذا شهد رجل وامرأتان او ثبت ه
السرقة بشهادة الفروع او بكتاب القاضي الى القاضي **قوله** فلا يصح في حقه فيه اي لا يصح
اقرار المحجور في حق المولى في المال **قوله** والقطع يستحق بدونه اي بدون المال كما اذا اقر
بسرقة مستهلكة وقد مر **قوله** لما بينا اشارة الى قوله يصح اقراره من حيث انه ادمي ولانه
لا تهمة في هذا الاقرار **قوله** يلاقي حالة البقا وقد مر بيانه آنفا **قوله** باعتباره اي باعتبار
القطع وانما تسقط العصمة باعتبار القطع لان القطع والضمان لا يجتمعان عندنا وسقوط العصمة
يدل على ان المال تابع في حالة البقا لانه لو كان اصلا مقصودا لما ارتفع تقومه ووجوب
القطع بعد استهلاك المال ايضا دليل على عدم اصالة المال في حالة البقا **قوله** ولو
صدقه المولى يقطع في الفصول كلها لزوال المانع وهو حقوق المولى اراد بالفصول ما اذا
كان العبد محجورا او ماذونا والمال قائم او هالك الا اذا كان صغيرا فلا يقطع اصلا وقد
مر بيانه آنفا **قوله** واذا قطع السارق والعين قائمة في يده رد على صاحبها لبقائها على
ملكه وان كانت مستهلكة لم يضمن وهذه من مسائل الجامع الصغير بلا معادة قال صاحب الهداية
وهذا الاطلاق يشمل الهلاك والاستهلاك يعني لما لم يضمن في صورة الاستهلاك مع وجود
فعل منه فلان لا يضمن في صورة الهلاك اولى اعلم ان السارق اذا قطعت يمينه يرد المسروق
الى صاحبه ان كان قائما لقوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى ترد ولان النبي عليه
السلام قطع سارق رداء صفوان ورد الرداء اليه ولان بالسرقة تسقط العصمة لا الملك وهو
عين مال المسروق منه فيرد اليه كالعصير المغصوب اذا صار خمرا يرد الى المغصوب منه
اما اذا استهلكه ففي المشهور عن اصحابنا انه لا يضمن وهو رواية ابي يوسف عن ابي حنيفة
وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يجب عليه الضمان كذا ذكر علاء الدين العالم في طريقة ه
الخلاف وعند الشافعي يجب عليه الضمان ان استهلكه او هلك وعلى قول مالك ان هلك في يده
او استهلكه وهو موسر ضمن وان كان معسرا فلا ضمان عليه وان ايسر بعد ذلك كذا ذكره الفقيه
ابو الليث في شرح الجامع الصغير وعند احمد بن حنبل يجب عليه الضمان موسرا كان او معسرا
ولقب المسألة ان القطع والضمان لا يجتمعان في حكم السرقة الواحدة عندنا خلافا لهم وجه
قولهم انه اتلف مالا مملوكا للغير بغير اذنه فيضمن كما في الغصب ولهذا لو تلف في يده قبل
الاخراج من الحرز يضمن ولا منافاة بين القطع والضمان فيجتمعان وهذا لان السرقة الواحدة
عن حقين مختلفين وهما القطع والضمان المستحقين لله تعالى وللعبد بسببين مختلفين وهما
هتك حفظ الله وحرمته بترك الانتهاء عما نهى واخذ مال الغير فالقطع يجب بترك
الانتهاء والضمان يجب باخذ المال واتلافه فيجب الضمان على مثال شرب خمر الذمي حيث يجب

الحد حقا لله تعالى والضمان حقا للذي عندكم وكذا اذا قتل صيدا مملوكا في الحرم او الاحرام يجب جزاء الصيد حقا لله تعالى وقيمته حقا للعبد وهو المالك وكذا قتل انسانا خطا يجب الكفارة حقا لله تعالى والدية حقا للعبد ولنا ما روي اصحابنا في عامة كتبهم عن عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه عن رسول الله عليه السلام انه قال لا غرم على السارق بعدما قطعت يمينه ولان الله جعل القطع جزاء السرقة قال تعالى جزاء بما كسبا وجزاء الشيء انما يكون جزاء اذا كان تكافيا في كونه جزاء فلما سماه الله تعالى جزاء اعلمنا انه كاف ولا حاجة الى ايجاب شيء اخر وهو الضمان وقال ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي ومن جهة النظر انه لا يجوز ان يجب بفعل وحد والدليل عليه ان وجوب المال بالقتل منع وجوب القصاص وكذلك وجوب المهر بالوطي منع وجوب الحد بالوطي الذي به وجب المال فثبت بذلك ان وجوب القطع ينفي ضمان المال اذا كان فعلا واحدا لا يجوز ان يجب به مال وحد كما لا يجب به قصاص ومال وحد ومال الى هنا لفظ ابي بكر الرازي ولان القطع وجب حدا حقا خالصا لله تعالى فينبغي ان يكون سببه ايضا خالصا لله تعالى لان المسبب ابدا يثبت بحسب السبب وخلوص السبب انما يكون اذا كانت الجناية على حق الله تعالى خالصا بلا شبهة وذلك بتحول العصمة الى الله تعالى عند السرقة اذ لو لم يتحول العصمة بان تكون العين محرمة الانتفاع لعينها حقا لله تعالى كانت مباحة في نفسها حراما لغيرها وهو المالك فكان كونها مباحة في نفسها شبهة في تناولها والحد لا يندري بالشبهة فلما ثبت القطع بالنص والاجماع ثبت ان السبب ليس فيه شبهة بل العصمة مرتفعة الى الله تعالى حقا لله فكان العين المسروقة حراما لعينها كالدم والميتة فلم يجب الضمان ولان من اصلنا ان الضمان اذا وجب يثبت الملك مستندا الى وقت الاخذ فلا يجوز ان يقطع الانسان في ملك نفسه والقطع واجب بالاجماع فلا يجب الضمان لان الضمان ينافيه لانه على تقدير الضمان يلزم ان يقطع في ملك نفسه وهو محال والمستلزم للمحال محال وهو معنى قوله وما يودي الى انتفائه فهو المنتفي اي الذي يودي الى انتفاء القطع وهو الضمان هو المنتفي وبما قررنا عرفت ان السرقة جناية على حق واحد هو حق الله لا على حقين بخلاف ما قاس عليه من المسايل وفي الباقي يعلم في طريقة الخلاف ان شاء الله تعالى والجواب عما اذا تلف في يده قبل الاخراج فنقول لا منافي ان القطع والضمان لا يجتمعان حكما للسرقة الواحدة فلا سرقة قبل الاخراج من الحرز وايضا لا قطع ثمه فلم يجتمعا فلا يرد علينا قال الفقيه ابو الليث في شرحه للجامع الصغير روي عن محمد بن الحسن انه قال انما لم يجب عليه الضمان في الحكم والقضاء واما فيما بينه وبين الله تعالى فالضمان واجب وهذا القول احسن وهذا لفظ كتابه **قوله** يضمن فيهما اي في الهلاك والاستهلاك **قوله** الا ان العصمة لا يظهر سقوطها في حق الاستهلاك لانه فعل اخر غير فعل السرقة ولا ضرورة في حقه هذا جواب سوال مقدر بان يقال اذا سقطت العصمة عند السرقة كيف وجب الضمان بالاستهلاك على رواية الحسن فاجاب عنه وقال لان فعل الاستهلاك غير فعل السرقة ونحن انما قلنا بسقوط العصمة في حق السرقة ضرورة وجوب القطع بانتفاء الشبهة في المسروق ولا ضرورة لسقوط العصمة في حق الاستهلاك فلا يظهر سقوطها في حقه فيجب الضمان **قوله** وكذا الشبهة تعتبر فيما هو السبب دون غيره اي الشبهة وهي كون المسروق مباحا في نفسه حراما لغيره تعتبر في حق السبب وهو

فعل

فعل السرقة دون غيره وهو الاستهلاك حتى قلنا ان المسروق منه لم يبق مباحا في نفسه كيلا يكون فيه شبهة نافية للحد ولا يلزم من هذا ان لا يكون حراما لغيره في حق الاستهلاك **قوله** وجه المشهور ان الاستهلاك اتمام المقصود فتعتبر الشبهة فيه اي في الاستهلاك يعني ان مقصود السارق صرف المسروق الى ما يحتاج اليه وفي الاستهلاك اتمام ذلك فتعتبر الشبهة فيه كما في فعل السرقة **قوله** وكذا يظهر سقوط العصمة في حق الضمان لانه من ضرورات سقوطها في حق الهلاك لانتفاء المماثلة اي لان سقوط الضمان من ضرورات سقوط العصمة يعني لا يلزم من سقوط العصمة سقوط الضمان وهذا لان ضمان العدوان مبني على المماثلة بقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولا مماثلة بين المسروق وضمانه فيمتنع الضمان لان المسروق ساقط العصمة حرام لعينه حقا للشرع غير منتفع به كالدم والميتة والذي يوخذ من السارق مال معصوم منتفع به ليس بحرام لعينه فلا يجب الضمان لانتفاء المعادلة **قوله** قال ومن سرق سرقات فقطع في احدها فهو لجميعها ولا يضمن شيا عند ابي حنيفة وقالا يضمن كلها الا التي قطع لها وهذه من مسايل الجامع الصغير المعادة وروي عن ابي حنيفة مثل قولهما كذا ذكر صاحب الشامل في قسم المبسوط وجه قولهما ان الخصومة شرط لظهور السرقة فبخصومة الحاضر لم يظهر السرقة من الغايبين فلم يكن القطع للسرقات كلها بل للحاضر لانه ليس بنايب عنهم فيضمن لهم لان عصمة اموالهم لم تنتف لعدم وقوع القطع لهم وجه قول ابي حنيفة ان الواجب لكل السرقات قطع واحد لان الحد ومبناها على التداخل ولهذا لو حضروا جميعا لا يستوفي لهم الا قطع واحد وهذا لان الحد يجب لله تعالى لا للعباد الا ان الخصومة شرط ليظهر سبب القطع وهو السرقة عند القاضي فلما ظهر بخصومة الواحد وقع القطع عن الكل كما لو خاصموا جميعا الا ترى ان رجلا لو قتل جماعة فقدمه احد اولياء المقتولين فقتله كان القتل لهم جميعا ولا يجب لغيره غير ذلك وكذلك لو قذف رجل جماعة فقدمه واحد منهم واقيم عليه الحد صار الحد لهم جميعا فان قلت في قطع اليد براءة من الضمان فلو ابرا الحاضر السارق عن الضمان صريحا وقال ابراتك عن السرقات كلها لا يبرا عن الجميع فكذا اذا قطع له قلت كم من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا افلا يلزم من عدم البراءة قصدا عدم البراءة ضمنا للقطع الا ترى ان رجلا لو سرق من عبد او مكاتب فقطع يبرا من الضمان فلو افصحا بالابراء ابتداء لا يبرا **قوله** وعلى هذا الخلاف اذا كان النصب كلها لواحد يعني اذا سرق النصب من واحد مرارا فخوصم في بعض النصب فقطع لا يضمن باقي النصب عند ابي حنيفة خلافا لهما

باب ما يحدث السارق في السرقة

لما ذكر كيفية القطع شرع فيما يحدث السارق من الصنعة في السرقة فهل يكون ذلك شبهة دارية للحد ام لا اذا احدث الصنعة فيها امر عارض والعارض بعد الاصل وكذلك الشبهة عارضة لان الاصل عدم الشبهة **قوله** ومن سرق ثوبا فشقه في الدار بنصفين ثم اخرجه وهو يساوي عشرة دراهم قطع وهذه من مسايل الجامع الصغير المعادة قال فخر الاسلام البزدوي في شرحه للجامع الصغير وروي عن ابي يوسف انه لا يقطع وكذلك ذكر الصدر الشهيد والعتابي ولهذا يعلم ان قول ابي يوسف في الظاهر كقولهما ولهذا قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي ذكر الطحاوي قول ابي يوسف مع محمد وقول محمد مع ابي حنيفة في الظاهر وذكر شمس الايمة البيهقي ايضا

في كفايته وعن ابي يوسف وهو رواية عن ابي حنيفة لا يقطع وذكر في الاسرار هذه المسئلة
وقال قطع عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يقطع وكذلك ذكر في الشامل في قسم
المبسوط حيث قال قطع خلافا لابي يوسف وكذلك قال الحاكم الشهيد في الكافي حيث قال
وقال ابو يوسف كل شي يجب عليه قيمته ان شاء ذلك رب المتاع فلا قطع عليه فيعلم من هذا
ان ظاهر قوله ليس كقولهما وهذا الخلاف فيما خرقه خرقا فاحشا بان شقه طولا اما
اذا كان الخرق يسيرا بان شقه عرضا فانه يقطع بالاتفاق اذا كان بعد الشق يساوي عشرة
دراهم الى هذا اشار في شرح الطحاوي قال صاحب المختلف ان ضمنه وترك الثوب عليه لا
يقطع بالاجماع لانه تملكه بالضمان فعلم ان الخلاف فيما اذا اختار تضمين النقصان واخذه
الثوب وجه قول ابي يوسف انه اخرجه من الحرز وله فيه سبب الملك وهو الشق ولهذا
اذا اختار تضمين الثوب لا يقطع بالاتفاق فلم ينعقد قبل السرقة علة لوجوب القطع مع قيام
الشبهة كما اذا سرق المشتري ثوبا فيه خيار للبايع ثم فسخ البايع البيع ووجه قول ابي حنيفة
ومحمد ان الشق ليس بسبب للملك وانما هو سبب للضمان وانما يصير سببا للملك عند اداء الضمان
لا في الحال فاذا اختار المسروق منه الضمان وترك الثوب يصير سببا للملك فلا يقطع واذا
اختار تضمين النقصان واخذ الثوب لا يصير سببا للملك فلا يكون الشبهة موجودة
لان الشبهة انعقاد سبب شرعي للملك او بعض الحكم لكنه لم يوجد لمانع وهنا لم يوجد الانعقاد
اصلا فصار الشق كنفس الاخذ لانه يحتمل ان يصير سببا للملك ايضا ومع هذا لم يعتبر فكذا فيما
نحن فيه فصار كما اذا سرق البايع مبيعا معيبا لم يعلم بعيبه المشتري فانه يقطع وان كان
احتمال الملك قايما على تقدير الرد بخلاف ما ذكر ابو يوسف حيث لا يقطع لان سبب الملك وهو
الشرا موجود لانه وضعه للملك لكن الملك لم يثبت في الحال لمانع وهو الخيار فكان سبب
الملك شبهة قايمة في الحال بخلاف الشق فانه ليس بسبب في الحال فظهر الفرق **قوله**
وصار كالمشتري اذا سرق مبيعا فيه خيار للبايع والجامع وجود سبب الملك حالة السرقة
في المقيس وهو الخرق الفاحش وفي المقيس عليه وهو الشرا وهو بيان الخرق الفاحش وهو
ما يبطل به عامة منافعه سوف يجي في باب الغصب ان شا الله تعالى **قوله** البدل الثابت
بطريق التغليب لطلب الحفة اذا المسروق مبدل والبدل قيمته **قوله** بخلاف ما ذكره
ابو يوسف وهو قوله كالمشتري اذا سرق مبيعا فيه خيار للبايع **قوله** وان سرق شاة
فذبحها ثم اخرجها لم يقطع وهذه من معادة الجامع الصغير وذلك لان الشاة لما صارت
لحما نقصت المالية لان اللحم مما يتسارع اليه الفساد ولا قطع فيه وروي عن ابي يوسف انه
يقطع كذا في كفاية البيهقي **قوله** ومن سرق ذهبا او فضة يجب فيه القطع فصنعه دراهم
او دنانير قطع فيه وترد الدراهم والدنانير الى المسروق منه وهذا عند ابي حنيفة وقالا
لا سبيل للمسروق منه عليها اي سرق ذهبا او فضة يساوي عشرة دراهم وهو معنى قوله
يجب فيه القطع والضمير في عليها الى الدراهم والدنانير وهذه معادة في الجامع الصغير
الا ذكر الخلاف فانه من الخواص لانه ذكر في الاصل ولو كانت دراهم فسبكها او صاغها
فلما كان للمسروق منه ان ياخذه ولم يذكر الخلاف وقال في شرح الطحاوي الدراهم
للسارق عندهما في القضا وفيما بينه وبين الله وجب ان يردها ثم قال والاصل في هذه
المسايل ان في كل موضع ينقطع حق المغصوب منه من العين ينقطع حق المسروق منه

وفي كل موضع لا ينقطع حق المغصوب منه لا ينقطع حق المسروق منه ثم اذا غصب من اخر نقرة
فضربها دراهم لا ينقطع حق المغصوب منه عنده فكذلك هنا لا ينقطع حق المسروق منه في السرقة
وعندهما ينقطع في الغصب فكذلك في السرقة وجه قولهما ان هذه الصنعة مبدلة للعين الا
ترى انه كان يقال تبر ذهب او فضة والان يقال دراهم او دنانير ثم الصنعة بتركيب الغاصب
حصل وهي ملك له متقوم والاصل وهو التبر كان للمغصوب منه فلما لم يكن مراعاة حقهما جميعا
وجب قطع حق المالك الى الضمان لانه اقل ضررا كما اذا غصب حديدا او نحاسا واتخذ الة
كالسيف ونحوه ثم هل يجب القطع في صورة السرقة على قولهما اختلف المشايخ قال بعضهم لا يقطع لانه
ملك المسروق قبل استيفا القطع لكن يجب على السارق للمالك مثل الماخوذ وقال بعضهم يقطع ولا شي على
السارق لانه لم يملك عين المسروق لانه بالصنعة صار شيا اخر ووجه قول ابي حنيفة ان الصنعة في
الذهب والفضة غير متقومة بدليل انها لا تدفع حكم الربا بخلاف الحديد ونحوه فان الصنعة
فيه متقومة ولهذا لو كسر ابريق فضة لانسان لم يكن للمالك اخذه وتضمين الصنعة ولما كان حق
المالك وهو عين الذهب والفضة متقوما وحق السارق او الغاصب ليس بمتقوم كان رعاية المتقوم اولى
فترد الدراهم والدنانير الى المسروق منه والمغصوب منه ولا اشكال في وجوب القطع على مذهب ابي
حنيفة لان السارق لم يملك العين بهذه الصنعة **قوله** ومن سرق ثوبا فصبغه احمر لم يوخذ منه
الثوب وهذه من المسايل المعادة في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في
السارق يسرق الثوب فيقطع يده وقد صبغ الثوب احمر قال ليس لصاحبه سبيل ولا ضمان على السارق
وقال محمد ياخذه صاحبه ويعطيه ما زاد الصبغ فيه ليس له غير ذلك وان صبغه اسود اخذه في
قولهم جميعا قال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير معنى قوله في قولهم يريد في قول ابي حنيفة
ونفسه وجه قول محمد ان بالصبغ لم ينقطع حق المالك لانه لم يوجب استهلاك العين بوجه ثم الثوب
متبوع والصبغ تابع فلا يجوز ان يبطل المتبوع بالتابع فصار كما اذا صبغه احمر بعد الغصب حيث
لا ينقطع حق المالك وابو حنيفة وابو يوسف فرقا بين السرقة والغصب فقالا حق السارق في
الصبغ قايم صورة ومعنى اما صورة فظاهر لان الحمرة فيه موجودة حسا واما معنى فلان المسروق
منه لو اخذ الثوب يضمن الصبغ وحق المسروق منه في الثوب قايم صورة لا معنى ولهذا لو
اتلفه السارق او اتلف قبل القطع او بعده لا يضمن شيا فرجحنا جانب السارق لان مراعاة ما هو قايم
صورة ومعنى اولى من مراعاة ما هو قايم صورة لا معنى فرجح حق السارق بالوجود اولا كالموهوب له اذا
صبغ الثوب احمر انقطع حق الواهب بخلاف الغصب فان حق كل واحد من المالك والغاصب قايم
صورة ومعنى فلم يمكن القول بالترجيح بالوجود فرجحنا بالبقا وهو ان الثوب اصل قايم والصبغ تابع
وهو معنى قوله ورجحنا جانب المالك بما ذكرنا ولانه لو اخذ الثوب في صورة السرقة ادى الى
بطلان القطع لانه يصير شريكا في الثوب او بمنزلة رهن عنده لان له ان يمسكه ليصل اليه ما
زاد الصبغ والطاري في الحدود في المستانف كالطاري في الابتدا فاذا كان القطع واجبا بالاجماع
لم يكن له حق الاخذ لئلا يودي الى ابطال القطع اما اذا صبغه اسود فلا يوخذ عند ابي يوسف
لان السواد عنده زيادة كالحمرة والصفرة وعند ابي حنيفة ومحمد يوخذ اما عند ابي حنيفة
فلان السواد نقصان عنده فلم يكن حق السارق فيه قايما معنى فاستويا فرجح جانب المالك لما قلنا
واما عند محمد فلان السواد وان كان زيادة عنده لا ينقطع به حق المالك كما قال في الحمرة **قوله**
والجامع كون الثوب اصلا اي الجامع بين السرقة والغصب **قوله** لو اراد اخذه مصبوغا

اي اراد صاحب الثوب **قوله** الا ترى انه غير مضمون على السارق ايضاح لقوله لا معنى **قوله**
فاستويا من هذا الوجه اي استوى المالك والغاصب من حيث ان حق كل واحد منهما قايم صورة
ومعنى **قوله** بما ذكرنا اشارة الى قوله والجامع كون الثوب اصلا قايما وكون الصبغ تابعا
قوله وعند ابي يوسف هذا والاول سوا يعني ان الحكم في الصبغ الاسود والاحمر سوا عنده
لان كل واحد منهما زيادة عنده فلا يوخذ الثوب من السارق **قوله** ولكنه اي ولكن السواد
قوله وعند ابي حنيفة السواد نقصان قال في المختلف وهذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف
حجة وبرهان فان الناس ثم كانوا لا يلبسون السواد في زمنه ويلبسون في زمنهما قال في شرح الطحاوي
لو سرق سويقا فلته بسمن او عسل فهو مثل الاختلاف في الصبغ يعني ليس للمالك على السارق سبيل في
السويق عندهما وعند محمد ياخذ السويق ويعطيه ما زاد السمن او العسل والله اعلم **باب**

قطع الطريق

اعلم ان قطع الطريق يسمى سرقة كبرى اما كونه سرقة فباعتبار ان قاطع الطريق
ياخذ المال خفية عن عين الامام الذي عليه حفظ الطريق والمارة بشوكته ومنعته واما
كونه كبرى فلان ضرره يعم عامة المسلمين حيث ينقطع عليهم الطريق بزوال الامن بخلاف السرقة
الصغرى فان ضررها خاص بالمسروق منه ولان موجب قطع الطريق اغلظ من حيث قطع
اليد والرجل من خلاف ومن حيث القتل والصلب وليس في السرقة الصغرى مثل ذلك ثم
تقديم السرقة الصغرى على الكبرى لان الصغرى اكثر وقوعا او لان الترقي من القليل الى الكثير
اولان قطع الطريق فيمن يباشر عارض السفر وذكر العارض بعد ذكر الاصل **قوله** واذا
خرج جماعة ممتنعين او واحد يقدر على الامتناع فقصد وا قطع الطريق فاخذوا قبل ان
ياخذوا مالا او يقتلوا نفسا حبسهم الامام حتى يحدثوا توبة وان اخذوا مال مسلم او ذمي
والماخوذ اذا قسم على جماعتهم اصاب كل واحد منهم عشرة دراهم فصاعدا او ما يبلغ قيمته ذلك
قطع الامام ايديهم وارجلهم من خلاف وان قتلوا ولم ياخذوا مالا قتلهم حدا هذا لفظ
القدوري في مختصره واطلاق اسم الجماعة لتناول المسلم والذمي والكافر والحر والعبد والمراد
من الامتناع ان يكون قاطع الطريق بحيث يمكن له ان يدافع عن نفسه بقوته وشجاعته تعرض
الغير قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي اعلم ان قاطع الطريق انما يكون بعد ان يستجمع فيه
شرايط وهو ان يكون لهم قوة وشوكة ينقطع الطريق بهم وان لا يكون بين قريتين ولا بين مصرين
ولا بين مدينتين وان يكون بينهم وبين المصر مسيرة سفر فاذا وجدت هذه الاشيا يكون
قاطعا للطريق والا فلا هكذا ذكر في ظاهر الرواية وروي عن ابي يوسف انه قال ان كان
اقل من مسيرة سفر او كان في المصر ليلا فانه يجري عليهم حكم قطاع الطريق وهو ان يقطع يده
اليمنى ورجله اليسرى والفتوى على قول ابي يوسف الى هنا لفظ كتابه والاصل في قاطع الطريق
قوله تعالى انما جزا الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الارض فسادا ان يقتلوا او يصلبوا
او تقطع ايديهم وارجلهم من خلاف او ينفوا من الارض وكلمة او للتفصيل والتقسيم على حسب
اختلاف الجناية لا للتخيير كما قال مالك لان الله تعالى ذكر الجزا متنوعا وتنوع الجزا يقتضي
تنوع السبب لان المسبب يثبت بحسب السبب والسبب هنا قطع الطريق وهو جناية متعددة
متنوعة من تخويف او اخذ مال او قتل او جمع بين القتل والاخذ فاذا كان السبب متنوعا كتنوع
الجزا فوبل الجملة بالجملة فاقتضى الاحاد على الاحاد النفي للتخويف وقطع الايدي والارجل من
خلاف لاخذ المال والقتل لقتل النفس والصلب للجمع بين الاخذ والقتل ولكن لم يذكره

انواع المحاربة لعرفانها عادة يدل على هذا ما روى محمد في كتاب السرقة عن ابي يوسف عن
الكلبي عن ابي صالح عن ابن عباس رضي الله عنه انه قال وادع رسول الله عليه السلام ابا
بردة هلال بن عويمر الاسلمي فجا اناس يريدون الاسلام فقطع عليهم اصحاب ابي بردة
الطريق فنزل جبريل عليه السلام على رسول الله عليه السلام بالحد ان من قتل واخذ
المال صلب ومن قتل ولم ياخذ المال قتل ومن اخذ مالا ولم يقتل قطعت يده ورجله
من خلاف ومن جا مسلما هدم الاسلام ما كان منه في الشرك وفي رواية عطية عنه ومن
اخاف الطريق ولم يقتل ولم ياخذ المال نفي والمراد من محاربة الله محاربة اولياه وهم
المومنون على حذف المضاف واقامة المضاف اليه مقامه او لما كانوا مخالفين امر الله تعالى
ساعين في الارض بالفساد صاروا كانهم محاربين الله تعالى فاطلق اسم المحاربة لله تعالى
اتساعا وقيل نزلت الاية في العرنيين ولم يصح لان النبي عليه السلام سمل اعينهم وليس فيها ذلك
وقيل في المرتدين فلم يصح ايضا لان الاية ناطقة بالقتل عند المحاربة والسعي في الارض
بالفساد وليس يشترط ذلك في المرتد ولان القتل يسقط عنهم بالنص بالتوبة قبل القدرة عليهم
ويسقط عن المرتد بالتوبة مطلقا ثم اعلم انهم اذا اخذوا قبل اخذ المال وقبل القتل حبسهم
الامام الى ان يتوبوا وهو المراد بالنفي المذكور في الاية وعند الشافعي ينفى من بلد الى بلد لا يزال
يطلب وهو هارب فرقا لنا انه نفي عن وجه الارض بدفع شره وفساده وهذا لانه عزم على المعصية
فيحبس ويعزر كما في العزم على ساير المعاصي ولانه اتى منكرا لا حد فيه فيجب في مثله الحبس والتعزير
فان قلت لا يسمى الحبس نفيا لان النفي هو الابعاد قلت
لا نسلم لان الحبس ابلغ النفي لان المحبوس لا يمكن له قطع الطريق اصلا بخلاف المنفي الى بلد اخر
حيث يمكن له قطع الطريق في ذلك البلد يدل على تسمية الحبس نفيا قول الشاعر

خرجنا من الدنيا وكنا من اهلها ● ولا نحن في الاحيا فيها ولا الموتى
اذا جانا السجان يوما لحاجة ● عجبنا وقلنا جا هذا من الدنيا

واذا اخذوا بعد اخذهم مال مسلم او ذمي تقطع ايديهم وارجلهم من خلاف تقطع اليمنى من الايدي
واليسار من الارجل بشرط ان يصيب من الماخوذ كل واحد منهم عشرة دراهم او ما قيمته العشرة
وقال الحسن ابن زياد عشرون لانه يقطع من قاطع الطريق طرفان فيشترط نصابان ولنا ان
قاطع الطريق مقصوده اخذ المال لا القتل وانما يقتل ليحصل التمكن من اخذ المال والحد الذي
يجب لاجل المال العشرة اصله السرقة الصغرى وانما قطع الطرفان لوقوع اثر الجناية عاما
وتغلظها واعطى مال الذمي حكم مال المسلم لتابد العصمة فيهما بخلاف المستامن وان قتلوا ولم
ياخذوا مالا قتلهم الامام حدا لا قصاصا حتى اذا عفا الاوليا عنهم لم يلتفت الى عفوهم وذلك
لان الحد حق الله تعالى ولا اثر لعفو العبد في حقه تعالى وليس للامام ان يعفو ايضا لما روي
عن النبي عليه السلام تعافوا الحد ودفيما بينكم فاذا دفعته الى الامام فلا عفا الله عنه ان عفا
وان قتلوا واخذوا مالا فالامام بالخيار ان شا قطع ايديهم وارجلهم من خلاف وقتلهم وصلبهم وان شا انحو
قتلهم وان شا صلبهم وهذا قول ابي حنيفة وزفر وقال ابو يوسف لا بد من الصلب للنص وقال محمد لا
يقطع ولكن يقتل ويصلب لان الجناية واحدة فيكتفى بجزا واحد وهو القتل ولا حاجة الى القطع
ولان ما دون النفس يدخل في النفس كالمحصن اذا زنى وقد سرق ولابي حنيفة ان الجناية متحدة
معنى وهو قطع الطريق متعددة صورتها وهو اخذ المال وقتل النفس فكان للقاضي ان يميل

الى ابي الجهني بنا وانما التداخل في الحدود لا في حد واحد وهنا القطع والقتل حد واحد فلا
يبدا خلافا فان قلت لو كان حدا واحدا لم يجز للقاضي
ان يقتصر على القتل قلت انما جاز ذلك لان الترتيب
ليس بواجب عليه بين القطع والقتل فاذا ابتدا بالقتل سقط القطع لعدم فائدته **قوله**
ثم ذكر في الكتاب التخيير بين الصلب وتركه وهو ظاهر الرواية اي ذكر في مختصر القدوري
بقوله وان شا قتلهم وان شا صلبهم وجه جواز ترك الصلب ان المقصود القتل وقد حصل ولان النبي
عليه السلام لم يصلب العرنيين فدل على جواز الترك **قوله** لا يتركه اي لا يترك الصلب **قوله**
قال يصلب حيا ويبعج بطنه برمح الى ان يموت اي قال القدوري في مختصره وكذلك ذكر الشيخ
ابو الحسن الكرخي وحكاه عن ابي يوسف وقال الفقيه ابو الليث في شرحه للجامع الصغير
روي عن ابي يوسف انه قال يصلب وهو حي ويطعن في لبته حتى يموت ومر قال تحت ثديه
الايسر ويخضخض حتى يموت ونقل في شرح الطحاوي عنه الصلب المذكور في الاية بعد القتل في
قول ابي حنيفة وفي قول ابي يوسف ان شا قتلهم ثم صلبهم كما قال ابو حنيفة وان شا صلبهم احيا ثم
قتلهم مصلوبين الى هنا لفظه وجه ما ذكر الطحاوي ان في صلبه حيا زيادة مثلة فلا يجوز ذلك
ووجه ما ذكر في الكتاب ان الصلب ذكر حدا وما كان حدا يجري حال الحياة كما في ما نص عليه من
عين الصلب فكذا الصلب يبعج بطنه اي يشق **قوله** توقيا عن المثلة اي احترازا عنها لان
النبي عليه السلام نهى عن المثلة **قوله** وجه الاول اراد به قوله يصلب حيا والردع المنع
به اي بالصلب **قوله** ولا يصلب اكثر من ثلاثة ايام هذا لفظ القدوري وهو ظاهر الرواية
كذا قال الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير وعن ابي يوسف انه يترك على خشبته حتى ينقطع
فيسقط ليحصل الاعتبار لغيره وجه الظاهر ان الاعتبار يحصل بالثلاثة فبعدها يتغير
فيتاذى الناس فيخلى بينه وبين اهله ليدفنوه **قوله** واذا قتل القاطع فلا ضمان عليه
في مال اخذه وهذه من مسائل الجامع الصغير وذلك لان الحد لما اقيم سقط عصمة المال كما في
السرقة الصغرى **قوله** وان باشر القتل احدهم اجري الحد عليهم باجمعهم وهذه مسئلة القدوري
وهي من المسائل المعادة في الجامع الصغير وصورتها فيه قال في قوم قطعوا الطريق فان ولي رجل
منهم القتل قتلوا جميعا ولفظ الاصل ومن باشر ومن لم يباشر في الحكم سواء وذلك لان يمكن القتل
حصل بالكل والقتل حد قطاع الطريق اذا وجد منهم القتل وقد وجد فيقتلون جميعا وهذا لان
قتلهم وجب حدا عليهم لا قصاصا فلم يعتبر المساواة قصدا ومن قتل ومن لم يقتل سوا ولهذا اوجب
قتلهم سوا وقع القتل منهم بسيف او بحجر او خشب والردا العون الذي ذو اليهم اي انضموا وعند
الشافعي لا يجب على الرد الا التعزير كالمعين على الزنا لنا ان المقصود وهو التمكن حصل من الجميع
فيحد الرد بخلاف المعين في الزنا فان المقصود ثمة اللذة ولا يحصل ذلك للمعين **قوله** قال
والقتل ان كان بحجر او بسيف فهو سوا وهذه من المسائل المعادة في الجامع الصغير وصورتها
فيه قال في قاطع الطريق باي شي قتل قتل وذلك لانه حد لا قصاص فلا يقتضي المساواة
ولهذا يقتل غير المباشر ولان قطع الطريق كما يكون بالقتل بالسيف يكون بالقتل بغير السلاح
ايضا والقتل جزا قطع الطريق بسبب القتل وقد وجد فيقتل القاطع كيف ما قتل **قوله**
وان لم يقتل القاطع ولم ياخذ مالا وقد جرح اقتص منه فيما فيه القصاص واخذ الارش منه فيما فيه
الارش وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة وصورتها فيه قال في قاطع الطريق اذا اخذ

ولم يقتل ولم ياخذ مالا يقتص بكل جراحة يستطاع منها القصاص واخذ الارش مما لا يستطاع
فيه القصاص وذلك لانه لا حد لقطع الطريق من القطع والقتل والصلب لما لم يجب ظهر حق
العبد فيستوفيه الاولياء قصاصا او ارشا كما اذا قطعوا اللسان او الذكر لا قصاص فيه
في الظاهر ويوخذ الارش خلافا لابي يوسف فيما اذا قطع من الاصل وفي الحشفة
قصاص ايضا فالان موضع القطع معلوم الا اذا قطع بعض الحشفة حيث لا قصاص
وكذا اذا ضربوا العين فقلعوها لا قصاص فيه ويوخذ الارش الا اذا كانت العين قائمة
فذهب ضوها ففيه القصاص لامكان المماثلة وكذلك لا قصاص في عظم الا في السن الا اذا
اسودت او احمرت او اخضرت فحينئذ يجب الارش والباقي يعلم في كتاب الجنايات وكتاب
الديات ان شا الله تعالى **قوله** وذلك الى الاولياء اي استيفا القصاص واخذ الارش الى
الاولياء **قوله** وهو ما ذكرناه اي حق العبد القصاص والارش **قوله** وان اخذ مالا
ثم جرح قطعت يده اليمنى ورجله وبطلت الجراحات وهذه مسئلة الجامع الصغير يعني لما قطعت
يده ورجله من خلاف حدا لاخذ المال بطلت الجراحات لان الحد والضمان لا يجتمعان عندنا
وكذلك تبطل الجراحات اذا قتل فيما قتل لما قلنا وقد مر التحقيق في عدم اجتماعهما في السرقة
قوله وان اخذ بعد ما تاب وقد قتل عمدا فان شا الاوليا قتلوه وان شاوا عفوا عنه ولفظ
الجامع الصغير وان اخذ وقد تاب بطل الحد وانما قيد بقوله اخذ بعد ما تاب لانه اذا تاب
بعد ما اخذ لا يسقط الحد والاصل فيه قوله تعالى الا الذين تابوا من قبل ان تقدروا
عليهم فلما بطل الحد بالتوبة ظهر حق العبد في النفس والمال فان شا قتل وان شا صالح وان
شا عفا وان شا ضمن المال **قوله** ولان التوبة يتوقف على رد المال يعني فيما اذا اخذ المال
لان الظالم اذا غصب مال احد لا يكون تائبا وان تاب الف مرة ما لم يرد المال لان
تلك المعصية لا ترتفع الا برد المال فلما رد المال قبل الاخذ بطل عنه الحد كالسارق اذا رد
المال قبل الترافع وقد مر ذلك فان قلت ليس بينا قض قول
صاحب الهداية لان التوبة تتوقف على رد المال مع قوله ويجب الضمان اذا هلك في
يده او استهلكه لانه اذا رد المال كيف يهلك في يده قلت يمكن
ان يهلك البعض بعد رد البعض ورد البعض علامة صحة توبته فاذا هلك الباقي قبل التمكن
منه او استهلكه بعد وجود علامة صحة توبته يكون ذلك شبهة في سقوط الحد فيجب المال
قوله وان كان من القطاع صبي او مجنون او ذو رحم محرم من المقطوع عليه سقط
الحد عن الباقين وهذه مسئلة القدوري الا انه لفظه في مختصره وان كان منهم صبي وهذا
الذي ذكره القدوري ظاهر الرواية عن اصحابنا وهو قول زفر وقال القدوري في شرحه
لمختصر الكرخي عن ابي يوسف كذلك ان قام بالاخذ والقتل مجنون او صبي والاخذ المباشر
وكذلك ذكر البرغ في كفايته بلفظ عن ابي يوسف والعجب من صاحب الهداية انه قال وعن
ابي يوسف بعد ان قال والمذكور في الصبي والمجنون قول ابي حنيفة وزفر وكان القياس
ان يقول وقال ابو يوسف ولم يذكر قول محمد وقوله مع ابي حنيفة وقد صرح الشيخ ابو
نصر بذلك واطلاق الكرخي والقدوري يدل على ذلك قبل قولهما وعن ابي يوسف
وايضا قال صاحب الهداية وعن ابي يوسف انه لو باشر العقلا يحد الباقون وكان
ينبغي ان يقول لو باشر العقلا الباقون وجه ما روي عن ابي يوسف ان الحد يجب على قطاع

الطريق بفعل القتل واخذ المال والمباشر اصل في الفعل والردء تابع ثم اذا كان المباشر
مكلفا يجب الحد لاصالته في الفعل ولا يعتبر الخلل في التابع وهو الصبي او المجنون لعدم
القصد الصحيح منه واذا كان الفعل من احد مما كان اصلا فيه فسقط الحد عنه لشبهة في فعله
فسقط الحد عن الباقين للشبهة او لان الحد لما سقط عن الاصل في الفعل سقط عن التبع وهو
الردء العاقل البالغ ووجه الظاهر ان الردء حكمه حكم المباشر في حد قطع الطريق ولهذا
يلزمهما جميعا اذا كانا مكلفين فلما كان كذلك كان حضور الصبي او المجنون كمباشرته ولا حد
عليهما اذا باشرا فكذا اذا حضرا فاذا لم يجب عليهما سقط عن الباقين لاشتراكهما في سبب الحد
كما اذا اشترك الخاطي والعامد واما اذا كان فيهم ذو رحم محرم فقد نقلوا عن ابي بكر الرازي
في عامة الكتب انه قال تاويل المسئلة اذا كان المال مشتركا وان لم يكن مشتركا يلزمهم الحد
لاجل قطعهم على الاجانب وهذا هو المراد من قول صاحب الهداية قيل تاويله اذا كان
المال مشتركا والاصح جواب ظاهر الرواية لان ذا الرحم المحرم ماذون بالدخول في
الحرز فلم يجب الحد عليه فلم يجب على الباقين للشبهة لان الجناية واحدة وهي قطع الطريق
فلما لم يكن بعض الفعل موجبا للحد لم يكن البعض الاخر موجبا ايضا لان بعض العلة لا يثبت
عليه الحكم واذا لم يجب الحد فيما اذا كان فيهم صبي او مجنون او ذو رحم محرم ظهر حق العبد
في النفس والمال فبعد ذلك الاولياء فعلوا ان شاؤا قصاصا وعفوا او صلحا وغرما قوله
بخلاف ما اذا كان فيهم مستامن جواب سؤال مقدر بان يقال القطع على المستامن لا يوجب
الحد كالقطع على ذي الرحم المحرم ثم وجود هذا في القافلة يسقط الحد فينبغي ان يسقط
وجود المستامن فيهم ايضا فاجاب عنه وقال امتناع الحد في القطع على المستامن من وجه
لخلل في عصمة ماله وهو خاص به لانه لا خلل في عصمة مال المسلم اذ حرمته كحرمة دمه
فلم يسقط حد قطاع الطريق عنهم لقطعهم على المسلمين بخلاف الامتناع في القطع على ذي الرحم
المحرم فان ذلك لخلل في الحرز وهو القافلة وبالخلل يثبت الشبهة فيسقط الحد بها قوله
واذا قطع بعض القافلة الطريق على البعض لم يجب الحد وهذه من المسائل المعادة في الجامع
الصغير وذلك لان الحرز واحد وهو القافلة والقاطع من اهلها فلا يعتبر قاطعا كما لو سرق
من دار يسكن السارق فيها فاذا لم يجب الحد وجب القصاص ان قتل عمدا ورد المال ان
اخذه وهو قائم والضمان ان هلك او استهلكه قوله ومن قطع الطريق ليلا او نهارا في
المصر او بين الكوفة والحيرة فليس بقاطع الطريق استحسانا وهذه من المسائل المعادة
في الجامع الصغير اعلم ان شرط تحقق قطع الطريق ان يكون بين القاطع وبين المصر مسيرة
سفر وهو ظاهر الرواية وقد مر ذكره في اول الباب اما اذا كان في المصر او قريبا من المصر
فلا يكون قطعا استحسانا وروى القدوري عن ابي يوسف ان قطعوا نهارا بسلاح يجري
عليهم الحكم وان قطعوا بخشب فلا وبالليل يستوي السلاح والخشب فيجري عليهم الحكم وقال
الشافعي من اخذ في البلد مالا بالمغالبة فهو قاطع طريق كذا في وجيزهم وجه القياس
وجود القطع حقيقة ووجه ما روي عن ابي يوسف ان السلاح لا يلبث فيتحقق القطع
به ليلا كان او نهارا واما الخشب وان كان يلبث لكن الليل يبطي فيه الغوث فيتحقق
القطع بخلاف النهار فان الغوث يلحق قبل حصول غايته ووجه الاستحسان ان سبب
حد قطاع الطريق قطع الطريق ولا يوجد ذلك في المصر او في قريب منه لان القطع

يكون

لا يكون الا بانقطاع المارة ولا ينقطع المارة في مثل هذا المواضع للحاق الغوث غالبا
فلا يثبت الحكم لعدم سببه ولان قاطع الطريق يسرق من عين الامام بقطع الطريق
لان قطع الطريق محفوظ بحفظ الامام وقطع الطريق سرقة منه وهذا ليس بسرقة
منه فاشبه الاختلاس ولا قطع على المختلس بالحديث قال في كفاية البيهقي قيل ابو حنيفة رحمه الله
اجاب على عرف زمانه وابو يوسف على عرف زمانه لان في زمن ابي حنيفة اهل الامصار
كانوا يحملون السلاح فلا يمكن للقاطع مقاتلتهم بخلاف زمن ابي يوسف والحيرة هي
التي كان يسكنها النعمان بن المنذر وهي اول منازل الكوفة قوله وعنه اي عن ابي
يوسف به اي بالسلاح والغوث اسم من الاغاثة والابطا نقيض الاسراع والمارة
الجماعة الذين يمرون على الطريق ولا يتحقق ذلك اي لا يتحقق قطع المارة فاذا لم يتحقق
قطع الطريق في المصر او قريب منه يوخذ القطاع برد المال ويعزرون ويحبسون
لاتيانهم بالمنكر فان كانوا قتلوا نفسا فالامر الى الاولياء قصاصا او صلحا او عفوا لانه
ظهر حقهم حيث لم يجب الحد قوله لما بينا اشارة الى قوله لظهور حق العبد قوله
ومن خنق رجلا حتى قتله فالدية على عاقلته عند ابي حنيفة وصورة المسئلة في الجامع
الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يخنق رجلا بمخنقة خنقا حتى قتله
قال الدية على عاقلته فان وجد قد خنق غير مرة في المصر وفي غير المصر فللامام ان يقتله
وذكر المخنقة من الخواص واراد بها ان القصاص لا يجب مع ذلك وذكر المصر وغير المصر
من الخواص ايضا قال فخر الاسلام البزدوي مخنقة الخناق هي الوتر وما يجري مجراه
وليس ذلك بشرط لكنه بني على العادة وانما يجب الدية دون القصاص عند ابي حنيفة لانه
لا يوجبه بالمثقل وهذا في معناه وسوف يجي البحث في المثقل في الديات ان شاء الله تعالى
اما اذا اعتاد هذا الفعل فيجب ان يقتل عند ابي حنيفة ايضا سياسة لانه ساع في
الارض بالفساد والله لا يحب الفساد فيجب دفع شره بالقتل قوله ومن خنق
رجلا بالتخفيف اي اذا عصر حلقه ومصدره الخنق بكسر النون ولا يقال بالسكون
كذا عن الفارابي والخناق بكسر الخاء وتخفيف النون كل شيء خنقت به من حبل او وتر كذا
في الجمهرة وهو المراد من قوله بمخنقة خناق والخناق فاعل ذلك الفعل قوله وان
خنق في المصر غير مرة بالتشديد سماعا وتخفيفا لان التفعيل للتكثير به اي بسبب التخنيق

كتاب السير

ناسب الحدود والسير من
حيث ان كلا من الحدود والجهاد حسن لمعنى في غيره لا عينه ثم المعنى المحسن يحصل فيهما
جميعا بفعل المامور به بدون الاتفاق بفعل اخر مقصود وذلك المعنى في الحدود الزجر
عن المعاصي وفي الجهاد قهر اعداء الله تعالى لكن قدمت الحدود على السير لانها تقع من
اهل الاسلام غالبا او على الخصوص كما في حد الشرب بخلاف الجهاد فانه يقع مع الكفار
فتقدم الاحكام المتعلقة باهل الاسلام كان اولى ولان الجهاد رجوع عن اصل المعاصي
وهو الكفر والحد زجر عما يوجب الفسق فيترقى من الادنى الى الاعلى ومعنى السير
مذكور في المغرب المغازي جمع المغزاة من غزا يغزو غزوا وغزوة وغزاة ومغزاة
اذا قصد العدو للقتال والاحاديث في فضل الجهاد كثيرة منها ما حدث البخاري في
الصحيح باسناده الى عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال قلت يا رسول الله اي العمل

افضل قال الصلاة على ميقاتها قلت ثم اي قال بر الوالدين قلت ثم اي قال الجهاد في سبيل الله
فكف عن رسول الله عليه السلام ولو استزدته لزادني وفيه ايضا باسناده الى ابي سعيد قال قيل
يا رسول الله اي الناس افضل فقال رسول الله مومن يجاهد في سبيل الله بنفسه وماله قالوا
ثم من قال مومن في شعب من الشعاب يتقي الله ويدع الناس من شره وفيه ايضا باسناده الى
انس بن مالك عن النبي عليه السلام قال لغدوة في سبيل الله او روحة خير من الدنيا وما فيها وفيه
ايضا باسناده الى ابي هريرة قال قال رسول الله عليه السلام من احتبس فرسا في سبيل الله ايمانا
بالله وتصديقا بوعده فان شبعه وريه وروثه وبوله في ميزانه يوم القيامة **قوله**
قال الجهاد فرض على الكفاية اذا قام به فريق من الناس سقط عن الباقين وبهذا اللفظ ذكره
القدوري في مختصره اما كونه فرضا فلقوله تعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم
ولقوله تعالى فقاتلوا ائمة الكفر انهم لا ايمان لهم لعلهم ينتهون ولقوله تعالى وقاتلوهم حتى
لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله ولقوله تعالى كتب عليكم القتال وهو كره لكم معناه فرض
عليكم كقوله كتب عليكم القصاص ولقوله تعالى قاتلوا المشركين كافة كما يقاتلونكم كافة ولقوله
تعالى انفروا خفافا وثقالا وجاهدوا باموالكم وانفسكم في سبيل الله ولقوله عليه السلام
امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله فاذا قالوها فقد عصموا مني دماءهم واموالهم
الا بحقها ولقوله عليه السلام الجهاد ماض الى يوم القيامة واما كونه فرض كفاية وهو
ما يسقط بمباشرة البعض كفايته فلان الجهاد لم يشرع فرضا لعينه لانه افساد وتخريب
لبنيان الله عز وجل فلا يجوز بل شرع لاعلاء كلمة الله تعالى وقهر اعدائه فاذا حصل المعنى
الذي لاجله شرع الجهاد بالبعض سقط عن الجميع كصلاة الجنازة ورد السلام ولان النبي عليه
السلام كان يخرج في السرايا ولا يخرج كل اهل المدينة فلو كان فرض عين لخرجوا جميعا
ولان في جعله فرض عين حرجا عظيما حتى يتعطل امور الناس زراعة وتجارة اذا خرجوا
جميعا الى الجهاد والحرج منتف بالنص وفيه ايضا انقطاع اصل الجهاد بانقطاع مادته من
الخيل والسلاح والثياب ونحوها فلم يكن فرض فاذا لم ينفر بالجهاد احد اثموا جميعا لانهم
تركوا الفرض عليهم اصلا ولم يات احد بما يسقطه عنهم **قوله** وموضع الكفاية اي الجهاد فرض
على الكفاية قال ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي الجهاد عند اصحابنا فرض على الكفاية
مثل غسل الموتى والصلاة عليهم ودفنهم ومثل طلب علم الدين والقيام به وتعليمه ويحكى
عن ابن شبرمة والثوري ان الجهاد تطوع وليس بواجب **قوله** اذ هو اي الجهاد **قوله**
فاذا لم يقم به احد اثم جميع الناس بتركه هذا لفظ القدوري **قوله** ولان في اشتغال الكل
به قطع مادة الجهاد عطف على قوله لانه ما فرض لعينه **قوله** من الكراع قال الفارابي
الكراع الخيل والكراع كراع الشاة والبقرة والمراد هنا هو الاول وعلى الثاني جاء المثل اعطي
العبد الكراع فيطمع في الذراع **قوله** الا ان يكون النفير عاما استثناء من قوله فيجب على
الكفاية اي يجب الجهاد على الكفاية الا اذا كان النفير عاما بان لا يندفع شر الكفار الا بهم
بعض المسلمين فحينئذ يفترض على كل احد فيخرج العبد بدون اذن السيد والمراة
بدون اذن الزوج لقوله تعالى انفروا خفافا وثقالا اي ركبانا ومشاة او شبانا وشيوخا
او مهازيل وسمانا او صحاحا ومراضا يقال لا نغزو الى الحرب نفرا ونفيرا اي خرج قال
قلت
قوله تعالى انفروا عام وليس فيه تخصيص بالنفير

العام

العام فكيف خص بالنفير العام قلت لو لم يخصص بالنفير العام
لوقع الناس في حرج ولانه عليه السلام كان يخرج ويخلف كثيرا من اهل المدينة فعلم ان النفير خفافا
وثقالا انما كان النفير عاما بان لا يندفع شر الاعداء الا بالبعض فحينئذ يفترض على الكل ليحصل
المقصود وهو قهر الكفار ودفع شرهم يدل على هذا قوله تعالى وما كان المومنون لينفروا
كافة قال الزجاج في تفسيره يروى ان ابن ام مكتوم جاء الى النبي عليه السلام فقال اعلي ان انفر فقال
نعم حتى انزل الله تعالى ليس على الاعمى حرج **قوله** فان هذا الكلام اشارة الى الوجوب على الكفاية
اي اول كلام محمد في اخر كتاب الجامع الصغير يدل على ان الجهاد يجب على الكفاية واراد باول كلامه
قوله الجهاد واجب الا ان المسلمين في سعة وذلك لانه قال انهم في سعة يعني يسع لبعضهم تركه اذا حصل
الكفاية بالاخرين واخره الى النفير العام اي اخر كلامه اشارة الى النفير العام لانه قال حتى
يحتاج اليه يعني اذا احتيج اليهم في النفير العام فلا يكون لهم سعة من ترك الجهاد حينئذ **قوله** قال
وقتال الكفار واجب وان لم يبدؤا وهذا لفظ القدوري في مختصره اعلم ان الكفار الذين امتنعوا
عن قبول الاسلام وعن اداء الجزية يجب قتالهم وان لم يبدؤنا وقال عطاء لا يجوز قتالهم في الاشهر
الحرم ولنا عموم الايات والاخبار كقوله اقتلوا المشركين وقوله وقاتلوهم وقوله فقاتلوا ائمة
الكفر وقوله عليه السلام الجهاد ماض الى يوم القيامة وقوله عليه السلام امرت ان اقاتل الناس
حتى يقولوا لا اله الا الله قال اصحابنا في المبسوط وغيره كان رسول الله عليه السلام مامورا في الابتداء
بالصفح والاعراض عن المشركين بقوله تعالى فاصفح الصفح الجميل وقوله تعالى واعرض عن المشركين
ثم امر بالدعاء الى الدين بالموعظة والمجادلة بالاحسن بقوله تعالى ادع الى سبيل ربك بالحكمة
والموعظة الحسنة وجادلهم بالتي هي احسن ثم امر بالقتال اذا كانت البداءة منهم بقوله تعالى
اذن للذين يقاتلون بانهم ظلموا اي اذن لهم في الدفع وقوله تعالى فان قاتلوكم فاقتلوهم وقوله تعالى
وان جنحوا للسلم فاجنح لها ثم امر بالقتال ابتداء في بعض الازمان بقوله فاذا انسلخ الاشهر الحرم
فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ثم امر بالبداءة مطلقا في الازمان كلها وفي الاماكن باسرها
قال تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة وقوله تعالى قاتلوا الذين لا يومنون بالله ولا باليوم الاخر
فاستقر الامر على ذلك وصارت حرمة القتال في الاشهر منسوخة بنص الاية ولان قتالهم
لو توقف على بدايتهم كان ذلك على وجه الدفع ومثل ذلك القتال يجوز مع المسلمين ايضا وليس في
القتال على سبيل الدفع فرق بين قتال الكفار والمسلمين فلا بد من الفرق ولا ذلك الا بان يبدا
نحن بقتالهم وقد صح عن ابن عباس عن رسول الله عليه السلام انه حاصر الطائف من مستهل المحرم
اربعين يوما وفتحها في صفر ذكره محمد في الاصل وهو نوع من القتال فعلم ان قتالهم جائز في
الازمان كلها **قوله** ولا يجب الجهاد على صبي لان الصبي مظنة الرحمة وهذا من مسائل القدوري
في مختصره ولفظه فيه ولا يجب الجهاد على صبي ولا عبد ولا امراة ولا اعمى ولا مقعد ولا اقطع
اما الصبي فلا يجب عليه الجهاد لانه مرفوع القلم ولان طاعة ابويه عليه واجبة فلا يترك بما
ليس بواجب وقد روينا في اول كتاب السير عن ابن مسعود قال قلت يا رسول الله اي العمل افضل
قال الصلاة على ميقاتها قلت ثم اي قال بر الوالدين قلت ثم اي قال الجهاد في سبيل الله وروى في الصحيح
البخاري وغيره مسندا الى عبد الله بن عمرو قال جاء رجل الى النبي عليه السلام فاستاذنه في الجهاد
فقال احي والداك قال نعم قال ففيهما فجاهد وفي السنن مسندا الى عبد الله بن عمرو ايضا قال جاء رجل
الى رسول الله تعالى فقال جئت ابايعك على الهجرة وتركت ابوي يبكيان فقال ارجع اليهما فاضحكهما كما ابكيتهما

وفي السنن ايضا عن ابي سعيد الخدري ان رجلا هاجر الى رسول الله عليه السلام من اليمن فقال
هل لك احد باليمن فقال ابواي قال اذنا لك قال لا قال فارجع فاستاذنهما فان اذنا لك
فجاهد والا فبرهما واما العبد والمراة فلان الجهاد لما كان فرض كفاية بحيث يسقط باتيان
البعض به عن البعض لم يظهر وجوبه عليهما لانه لا يتعين وجوبه وما لا يتعين وجوبه
فحق السيد والزوج فيه مقدم كما في صلاة التطوع وحدث البخاري في الصحيح باسناده الى عايشة
رضي الله عنها قالت استاذنت النبي عليه السلام في الجهاد فقال جهادكن الحج وفي رواية نعم الجهاد الحج واما
الاعمى والمقعد والاقطع فلانهم عاجزون عن الجهاد فلا يجب عليهم بدون القدرة قال تعالى لا يكلف
الله نفسا الا وسعها وقال تعالى ليس على الاعمى حرج ولا على الاعرج حرج ولا على المريض حرج وقال
تعالى ليس على الضعفا ولا على المرضى ولا على الذين لا يجدون ما ينفقون حرج قال صاحب ديوان
الادب المقعد الاعرج **قوله** فان هجم العدو على بلد وجب على جميع الناس الدفع تخرج المراة
بغير اذن زوجها والعبد بغير اذن المولى وهذا لفظ القدوري في مختصره يقال هجمت على
القوم اذا دخلت عليهم وقال في المغرب الهجوم الاتيان بغتة والدخول من غير استيذان وذلك
لان الفرض يتعين عند هجوم العدو والفروض المعينة مقدمة على حق الزوج والسيد كما في
الصلاة الفرض والصوم الفرض وكان النسا يخرجن الى الغزو في الجملة مع النبي عليه السلام
وقد حدث البخاري في الصحيح عن عايشة رضي الله عنها قالت كان النبي عليه السلام اذا اراد ان
يخرج يقرع بين نسايه فايتهن يخرج سهمها خرج بها النبي عليه السلام فاقرع بيننا الى غزاة غزاها
فخرج فيها سهمي فخرجت مع النبي عليه السلام بعدما انزل الحجاب وفي الصحيح ايضا عن الربيع بنت
معوذ قالت كنا نغزو مع النبي عليه السلام فنسقي القوم ونخدمهم ونرد الجرحى والقتلى الى المدينة
وفي السنن مسندا الى انس رضي الله عنه قال كان رسول الله يغزو بام سليم ونسوة من الانصار
فيسقين الما ويداوين الجرحى **قوله** لان يغني بها مغنيا اي يغني العبد والمراة **قوله** ويكره
الجعل ما دام للمسلمين في وهذه من مسايل الجامع الصغير يعني اذا كان في بيت المال ما يتقوى به الناس
من الغنيمة للخروج الى الغزاة يعطيهم الامام من ذلك المال لان مال بيت المال معد لنوايب
المسلمين ويكره مع وجود ذلك الجعل وهو ان يكلف الامام الناس بان يقوي بعضهم بعضا في
الكراع والسلاح ونحو ذلك في الخروج الى الغزو لان فيه شبهة الاجرة فاذا تمحض اجرة كان
حراما واذا اشبهها كان مكروها بخلاف ما اذا لم يكن في بيت المال شي حيث لا يكره ان يكلف الامام الناس
بان يقوي بعضهم بعضا لما روي عن عمر رضي الله عنه انه كان يغزي العزب على ذي الحليلة
ويعطي الشاخص فرس القاعد قالوا ان النبي عليه السلام اخذ دروع صفوان عند الحاجة فلان
يجوز بطيب النفس اولى وجهز عثمان جيش العسرة فكان صدقة متقبلة من اعظم الصدقات
ولان دفع الضرر الاعلى بالادنى اعني دفع الضرر العام بالخاص يتحمل فجاز ولان الامام نصب
ناظرا للمسلمين فاذا راى في ذلك الصلاح فلا باس بان يامرهم بذلك والجعل ما جعل من شي للانسان
على شي يفعله والمراد هنا ما يضربه الامام للغزاة على الناس مما يحصل به التقوي للخروج الى
الحرب الضرر الاعلى وهو شر الكفرة يقال اغزى الامير الجيش اذا بعثه الى الغزو والعزب
الذي لا امراة له وحليلة الرجل امراته والشاخص اسم فاعل من شخص من مكان الى مكان اذا
سار في ارتفاع فاذا سار في حدور فهو هابط كذا قال ابن دريد وشخص الرجل ببصره اذا
اخذ النظر رافعا طرفه الى السما ولا يكون الشاخص الا كذلك والمراد هنا الاول اعني الذي

يذهب الى العدو والله اعلم

باب كيفية القتال

لما فرغ عن بيان ان الجهاد فرض كفاية او فرض عين على تقدير النفير العام وعلى من يجب وعلى
من لا يجب شرع في هذا الباب في بيان كيفيته كيف يعامل مع الكفار اذا اريد القتال معهم
قوله واذا دخل المسلمون دار الحرب فحاصروا مدينة او حصنا دعوهم الى الاسلام
وهذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه فان اجابوا كفوا عن قتالهم وان امتنعوا
دعوهم الى اعطا الجزية فان بذلوها فلهم ما للمسلمين وعليهم ما عليهم والاصل في ذلك ما
حدث صاحب السنن باسناده الى علقمة بن مرثد عن سليمان ابن بريدة عن ابيه قال كان رسول
الله صلى الله عليه وسلم اذا بعث اميرا على سرية او جيش اوصاه بتقوى الله في خاصة نفسه وبمن معه
من المسلمين خيرا وقال اذا لقيت عدوك من المشركين فادعهم الى احدى ثلاث خصال او خلال فايتهن
ما اجابوك اليها فاقبل منهم وكف عنهم ادعهم الى الاسلام فان اجابوك فاقبل منهم وكف عنهم ثم
ادعهم الى التحول من دارهم الى دار المهاجرين واعلمهم انهم ان فعلوا ذلك ان لهم ما للمهاجرين
وان عليهم ما على المهاجرين فان ابوا واختاروا دارهم فاعلمهم انهم يكونون كاعراب المسلمين يجري
عليهم حكم الله الذي يجري على المومنين ولا يكون لهم في الفي والغنيمة نصيب الا ان يجاهدوا مع
المسلمين فان هم ابوا فادعهم الى اعطا الجزية فان اجابوك فاقبل وكف عنهم فان ابوا فاستعن
بالله وقاتلهم واذا حاصرت اهل حصن فارادوك ان تنزلهم على حكم الله عز وجل فلا تنزلهم فانكم
لا تدرون ما يحكم الله فيهم ولكن انزلوهم على حكمكم ثم اقضوا فيهم بعد ما شيتم وفي السنن ايضا
مسندا الى سليمان بن بريدة عن ابيه عن النبي عليه السلام قال اغزوا باسم الله وفي سبيل الله
وقاتلوا من كفر بالله اغزوا ولا تغدروا ولا تغلوا ولا تمثلوا ولا تقتلوا وليدا وفي السنن ايضا
مسندا الى انس بن مالك رضي الله عنه ان رسول الله عليه السلام قال انطلقوا باسم الله وبالله
وعلى ملة رسول الله لا تقتلوا شيخا فانيا ولا طفلا ولا صغيرا ولا امراة ولا تغلوا وضموا
غنايمكم واصلحوا واحسنوا فان الله يحب المحسنين شرح الحديث اما الامر بالدعا الى الاسلام
فلقوله تعالى وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا لكن هذا فيما اذا لم يبلغهم الدعوة فاذا
بلغتهم فلا حاجة الى تجديد الدعوة الا ترى الى ما روى صاحب السنن ان نبي الله اغار على
بني المصطلق وهم غارون اي غافلون وانعامهم تسقى على الما فقتل مقاتلتهم وسبى سبيهم واصاب
يومئذ جويرية بنت الحارث والافضل تكرار الدعوة واما الامر بالكف عنهم ان اجابوا
الى الاسلام فلقوله تعالى فان تابوا واقاموا الصلاة واتوا الزكاة فخلوا سبيلهم ولقوله
تعالى فان انتهوا فلا عدوان الا على الظالمين ولان المقصود من الجهاد اسلامهم وقد حصل
واما الامر بالتحول الى دار المهاجرين فان الهجرة كانت فريضة قبل فتح مكة ثم قال عليه السلام
لا هجرة بعد الفتح واما الامر باعلام ان لهم ما للمهاجرين وهو ثبوت حقهم في الخمس والغنيمة
واما كونهم كاعراب المسلمين من حيث انه لا حق لهم في الخمس والغنيمة حيث لم يحصل للمسلمين
بهم شوكة وقوة فان قاتلوا استحقوا سهما من الاربعة الاخماس واما الامر عند الاباء بدعايهم
الى الجزية فلقوله تعالى قاتلوا الذين لا يومنون بالله ولا باليوم الاخر الى قوله حتى
يعطوا الجزية فان قبلوها قام ذلك مقام الاسلام في حقن الدما والاموال وفيه دليل
على انه عليه السلام بعثهم الى من يقبل منهم الجزية لان عبدة الاوثان من العرب لا يقبل
منهم الا الاسلام او السيف فلا معنى الى دعايهم الى الجزية ثم الى قتالهم واما النهي عن انزالهم

على حكم الله تعالى فلم يجوز ذلك محمد تمسكا به وجوزه ابو يوسف لان النبي انما ورد لان الاحكام
لم تكن مستقرة فما كان يعلم حكم الله لاحتمال حدوث حكم او نسخ حكم فاما اليوم فهي مستقرة فيجوز
الانزال على حكم الله واما قوله اغزوا بسم الله فذاك لافتتاح الكلام على وجه التبرك واما الغدر
وهو نقض العهد وتركه فحرام لقوله تعالى واوفوا بعهد الله اذا عاهدتم واما الغلول وهي
الخيانة في المغنم فذاك حرام ايضا لقوله تعالى وما كان لنبي ان يغل ومن يغلل يات بما غل يوم القيامة
يقال حاصر العدو اذا احاط به وضيق عليه والمدينة هي البلدة العظيمة من مدن بالمكان اذا اقام به فعلى
هذا هي فعيلة وقيل مفعولة من قولهم دين اي ملك والامة يقال لها مدينة ذكره في الجمهرة والحصن
معروف وقوله كفوا عن قتالهم اي امتنعوا وكف جاء لازما ومتعديا ففي الاول بفتح الكاف وفي الثاني
بضمها ويجوز الفتح ايضا على معنى منعوا انفسهم عن قتالهم **قوله** وقد قال النبي عليه السلام امرت ان
اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله الحديث تمام الحديث في رواية ابي هريرة فاذا قالوها عصموا
مني دماءهم واموالهم الا بحقها وحسابهم على الله عز وجل وهذا الحديث في قوم لا يوحدون الله تعالى
اما اليهود والنصارى فالحربيون والذين يسالمونه بعد التوحيد ولم يعبدوا من دينهم فلا يحكم باسلامهم
لانهم يقولون ان محمدا رسول الله الى العرب دون غيرهم ويؤيد هذا ما حدث صاحب السنن باسناده الى انس
قال قال رسول الله عليه السلام امرت ان اقاتل الناس حتى يشهدوا ان لا اله الا الله وان محمدا
عبده ورسوله وان يستقبلوا قبلتنا وان ياكلوا ذبيحتنا وان يصلوا صلاتنا فاذا فعلوا ذلك حرمت
علينا دماؤهم واموالهم الا بحقها لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين **قوله** وان امتنعوا اي عن
الاسلام **قوله** به امر رسول الله اي بالدعا الى الجزية امر رسول الله عليه السلام على تقدير
امتناعهم عن الاسلام **قوله** على ما نطق به النص اراد به قوله تعالى حتى يعطوا الجزية عن يد
وهم صاغرون **قوله** وهذا في حق من يقبل منه الجزية اشارة الى الدعا المدلول في قوله
دعوهم الى اداء الجزية وهذا لان المرتدين ومشركي العرب لا يقبل منهم الا الاسلام او السيف
لقوله تعالى تقاتلونهم او يسلمون **قوله** فان بذلوها فلهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين وهذا
لما مر في حديث سليمان بن بريدة فان اجابوك فاقبل منهم وكف عنهم ولقوله تعالى حتى يعطوا
الجزية فيكون قبول الجزية قائما مقام الاسلام في حقن الدم والمال وقد صح عن علي رضي الله عنه
انه قال انما بذلوا الجزية ليكون دماؤهم كدمائنا واموالهم كاموالنا والمراد من اعطاء الجزية بذلها
قبولها لان القتال ينتهي بمجرد القبول قبل وجود الاعطاء والبذل بالاجماع **قوله** منه اي في
الجزية وتذكير الضمير على تاويل المذكور قال صاحب الكشاف سميت جزية لانها طايفة مما على اهل
الذمة ان يجزوه اي يقضوه او لانهم يجزون بها من من عليهم بالاعفاء عن القتل **قوله** ولا يجوز
ان يقاتل من لم تبلغه الدعوة الى الاسلام الا ان يدعوه وهذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه
فيه ويستحب ان يدعو من بلغته الدعوة ولا يجب ذلك وان ابوا استعانوا بالله عليهم وحاربوهم
وقد مر بيان ذلك في الحديث الطويل وقوله فيقاتل بالنون على صيغة المبني للمفعول ومونة
القتال بالنصب على انه مفعول ثان ولا غرامة لعدم العاصم يعني لا يجب الغرامة بقتلهم قبل
الدعوة وان كان فيهم الاثم لعدم العاصم عن الغرامة وهذا لان العصمة اما بالاسلام او
بدار الاسلام وكل ذلك منتف فلا يجب بقتلهم لا قصاص ولا دية ولا يجب ذلك اي دعا من
بلغته الدعوة وهم غارون اي غافلون **قوله** وعهد الى اسامة اي اوصاه ابنى على وزن
حبلى موضع بالشام وهو فلسطين روى صاحب السنن باسناده الى اسامة ان رسول الله

عليه

عليه السلام كان عهد اليه فقال اغز على ابنى صباحا وحرق والغارة لا تكون بدعوة وذلك
لان الغارة فيها سفك الدم والاسراع منه فولهوا اشوق تنبيه كما نخبر وقد مر ذلك في فصل
الحرق في السرقة من المدمر اي المهلك **قوله** ونصبوا عليهم المجانيق هذا لفظ القدوري
في مختصره وتمامه فيه وحرقوهم وارسلوا عليهم الماء وقطعوا شجرهم وافسدوا زروعهم
وذلك لما روى البخاري باسناده الى نافع عن ابن عمر رضي الله عنه قال حرق رسول الله صلى
الله عليه وسلم نخل بني النضير وقطع وهي البويرة فنزلت ما قطعتم من لينة او تركتموها
قائمة على اصولها فباذن الله وليخزي الفاسقين قال ولها يقول حسان بن ثابت

وهان على سراة بني لؤي ۞ حريق بالبويرة مستطير ۞

ولان المقصود قهر الاعداء وكسر شوكتهم ويحصل ذلك بالاحراق والتغريق ونحو
ذلك فجاز والبويرة على مثال الدويرة تصغير الدار بين النضير يقال كتبه الله اي
اهلكه واللينة النخلة ما خلا العجوة والبرنية **قوله** ولا باس برميهم وان كان فيهم
مسلم اسير او تاجر هذا لفظ القدوري في مختصره اعلم ان رمي الكفار بالنبل والمجانيق
والنار وضربهم وطعنهم جايز وان كان فيهم مسلم تاجر مستامن او اسير ومن اسلم منهم وروي
عن الحسن بن زياد انه لا يجوز لان قتل المسلم حرام وقتل الكافر مباح والمحرم مع المبيح اذا
اجتمعا فالترجيح للمحرم ولان قتل المسلم لا يجوز الاقدام عليه وقتل الكافر يجوز تركه
الا ترى ان للامام ان لا يقتل الاسارى لمنفعة المسلمين فكان مراعاة جانب المسلم اولى ولنا
ان قتالهم فرض لورود الامر بالنص فلو كان هذا العارض معتبرا ادى الى سد باب الجهاد
فلا يجوز ذلك لانه ماض الى يوم القيامة وهذا لانه لا يخلو حصونهم عن مسلم الا نادرا
والنادر لا يعتد به تحقيقه ان الرمي جايز وان كان فيهم نساؤهم وصبيانهم فكذا اذا كان
فيهم مسلم والجامع كون من لا يجوز قتله فيهم ولانه دفع الضرر العام وهو شوكة الكفار
بتحمل الضرر الخاص وهو قتل الاسير او التاجر فجاز **قوله** بالذب عن بيضة الاسلام
يقال ذب عنه يذب ذبا اذا منع عنه وفي حديث عمر رضي الله عنه انما النساء لحم على وضم
الا ما ذب عنه وبيضة الاسلام مجتمعة للشبهة المحتوي بها وهي بيضة النعامة
وعبرها لان تلك مجتمع الولد كذا ذكر صاحب المغرب **قوله** فلو امتنع باعتباره لانسد
بابه اي لو امتنع رميهم باعتبار المسلم الاسير او التاجر لانسد باب الجهاد **قوله**
وان تترسوا بصبيان المسلمين او بالاسارى لم يكفوا عن رميهم وهذا لفظ القدوري
وقال الشافعي اذا فعلوا ذلك لم يجز ان يتعمدهم بالرمي فان بدوا وما جاز الرمي ويقال للرمي
احتمد في اصابة المشرك ويجتنب المسلم لنا ان في رميهم دفع الضرر العام وايضا يلزم سد
باب الجهاد على تقدير ترك الرمي وقد مر بيانه قبل هذا وهو المراد بقوله لما بينا يقال
تترس بالترس اذا توقى به **قوله** ويقصدون بالرمي الكفار وهذا ايضا لفظ
القدوري يعني اذا تترسوا بصبيان المسلمين وان كانوا لا يكفون عن رميهم لكن يقصدون
بالرمي الكفار لا المسلم اي يرمون على ان قصدهم اصابة الكافر لا المسلم لان المسلم لا
يجوز قصد قتله فيقصد قتل من يجوز قتله ولان التمييز بين المسلم والكافر وان لم
يمكن بالفعل ممكن بالقصد والنية ولا يكلف الله نفسا الا وسعها ومع هذا لو اصاب
مسلما فقتله فلا دية ولا كفارة وقال الحسن بن زياد عليه الدية والكفارة كذا ذكره

القدوري في شرحه وبه اخذ الشافعي لانه غير صورة الخطا لانه عالم بالرمي ولا خطا
مع العلم ولان في ايجاب الضمان سد باب الجهاد فلا يجوز لان الناس اذا علموا ان فيه ضمانا
يمتنعون عنه خوفا من الضمان ولا يلزم على هذا اتنا ولـ مال العبر حالة المخمصة حيث لا
امتناع ثمه مع وجود الضمان لان ثمه لا يمتنع عن التناول وان كان فيه الضمان لما فيه نفع
اعظم من صرر الضمان وهو احيا النفس فيتحمل ذلك الضرر لهذا النفع بخلاف الضمان
الحاصل في ضمن الجهاد حيث يلزم ترك الجهاد من خوف الضمان لعدم نفع اخر اعظم منه
للنفس في الحال مع ان في الجهاد عرض النفس على اتلافها وايجاب الضمان ضمن على ابالة ولان
الغرامات لا تجب باتيان الفروض لان الفرض مامور به وسبب الغرامات عدوان محض منهي
عنه وبين الامرين منافاة فلا غرامة بالفرض فان قلـ
يرد عليكم على هذا قوله عليه السلام ليس في الاسلام دم مفرج اي مهدر قلـ
لا نسلم انه عام حص منه البغاة وقطاع الطريق فيخص المتنازع بما قلنا **قوله** حذار
الضمان منصوب على انه مفعول له **قوله** ولا باس باخراج النسا والمصاحف مع المسلمين
اذا كان عسكرا عظيما يومن عليه وتمامه في مختصر القدوري ويكره اخراج ذلك في سرية
لا يومن عليها والاصل فيه ما روى البخاري وصاحب السنن باسنادهما الى ابن عمر رضي الله عنه
قال نهانا رسول الله عليه السلام ان نسافر بالقران الى ارض العدو والمنهي في النهي خوف ان
ينال له العدو ويستخف به غيظا على المسلمين وهذا المعنى انما يكون اذا كان السرية بحيث لا يومن
على المصاحف فيها لقلتهم بخلاف ما اذا كان العسكر عظيما لان الغالب السلامة والامن وكذلك
النسا في جماعة قليلين لا يومن عليهن من وقوع الفضيحة فيهن بخلاف العسكر العظيم حيث
يجوز اخراجهن لانتفا المانع وكذلك اذا دخل المسلم اليهم بامان فلا باس بحمل المصحف
معه اذا كان الظاهر منهم الوفا بالعهد وعدم التعرض **قوله** وهو التاويل الصحيح
اي تعريض المصاحف على الاستخفاف هو التاويل الصحيح لنهي النبي عليه السلام عن
المسافرة بالقران الى ارض العدو وانما قيد بالصحيح احترازا عما قيل ان النهي كان في
ابتدا الاسلام عند قلة المصاحف كيلا ينقطع عن ايدي الناس فاما الان فقد كثرت
فلا باس باخراجها مطلقا كذا قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير قال ابو الحسن
النهي انما كان ذلك عند قلة المصاحف وقال الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير ايضا
قال الطحاوي لا باس بذلك والنهي عند قلة المصاحف والسرية عدد قليل يسيرون بالليل
ويكمنون بالنهار ذكره في المبسوط وقال محمد في السير الكبير افضل ما يبعث في السرية
ادناه ثلاثة ولو بعث واحد او اثنان جاز وعن ابي حنيفة اقل السرية مائة وقال الحسن بن
زياد من قول نفسه السرية اربعمائة واقل الجيش اربعة الاف **قوله** والعجائز يخرجن
في العسكر العظيم لاقامة عمل يليق بهن ذكر هذا تفريعا لمسألة القدوري فقال انما
يخرج من النسا من طعنت في السن لكن لاجل عمل يليق بهن كالطبخ ونحوه لا للقتال ولا
للمباضعة الا الشواب فان قعودهن في البيت ادفع للفتنة فان كانوا يريدون المباضعة
فعليهم بالاما لا الحرائر **قوله** يندب به اي يقتال النسا للمباضعة اي للمجامعة **قوله**
ولا تقاتل المراة الا باذن زوجها ولا العبد الا باذن سيده وهذا لفظ القدوري في مختصره
وقدمر بيان ذلك قبيل هذا الباب ملابينا اشارة الى قوله لتقدم حق المولى والزوج

قوله الان

قوله الا ان يهجم العدو وللضرورة استثنا من قوله لا تقاتل الا باذن زوجها والا
باذن سيده يعني اذا هجم العدو يقاتلان بدون الاذن لضرورة دفع الشر لان الجهاد يصير
حينئذ فرض عين **قوله** وينبغي للمسلمين ان لا يغدروا ولا يغلوا ولا يمثلوا وهذا
لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه ولا يقتلوا امراة ولا صبيا ولا شيخا فانيا ولا
اعمى ولا مقعدا الا ان يكون احد هولا ممن له راي في الحرب او يكون المراة ملكة وقد
مر بيان ذلك في حديث انس رضي الله عنه في اول هذا الباب وحدث البخاري باسناده
الى ابن عمر قال وجدت امراة مقتولة في بعض مغازي النبي عليه السلام فنهى رسول الله عن
قتل النسا والصبيان وروى صاحب السنن باسناده الى رباح بن ربيع قال كنا مع رسول الله
عليه السلام في غزوة فراى الناس مجتمعين على شي فبعث رجلا فقال انظر على ما اجتمعوا
هولا فقال على امراة قتيل فقال ما كانت هذه لتقاتل قال ابو بكر الرازي في كتاب المويد
من شرح الطحاوي اما الشيخ الفاني فانا نقتله اذا كان ذا راي في الحرب او كان كامل العقل
ومثله نقتله اذا ارتد والذي لا نقتله هو الشيخ الفاني الذي خرف وزال عن حدود العقلا
العقلا والمميزين فهذا حينئذ يكون بمنزلة المجنون والصبي فلا يقتل اذا كان حربيا ولا اذا
ارتد واما الزمنى فهم بمنزلة الشيوخ ويجوز قتلهم اذا راى الامام ذلك كما يقتل ساير الناس
بعد ان يكونوا عقلا ونقتلهم ايضا اذا ارتدوا كذا في شرح الطحاوي وقال في شرح الاقطع قال
الشافعي ان الشيخ والاعمى والمقعد يقتلون وذلك ضعيف لما مر من حديث انس وفي
حديث رباح الذي رويناه انما نبه على ان علة القتل هي القتال وهولا لا يقاتلون فلا يجوز
قتلهم لعدم العلة فان قلـ قد روى صاحب السنن
باسناده عن سمرة بن جندب قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اقتلوا شيوخ المشركين
واستبقوا شرخهم قلـ المراد منه الشيوخ الذين يقاتلون
توفيقا بين الحديثين او من له راي في الحرب كما قتل دريد بن الصمة بأوطاس وهو ابن
مائة وعشرين سنة لانه كان اخرج ليستعان برايه في الحرب **قوله** والمثلة المروية
في قصة العرنيين منسوخة بالنهي المتاخر يعني ان ما روي عن النبي عليه السلام في انه
سمل اعينهم منسوخ بالنهي وهو قوله لا تمثلوا والنهي متاخر لما روي عن عمران بن الحصين
انه قال ما قام رسول الله صلى الله عليه وسلم خطيبا بعد ما مثل العرنيين الا كان يحضنا
على الصدقة وينهانا عن المثلة يقال مثلت بالرجل امثل به مثلا ومثلة اذا سودت وجهه
او قطعت انفه وما اشبه ذلك كذا في الفائق **قوله** ولهذا لا يقتل يابس الشق
والمقطوع اليمنى والمقطوع يده ورجله من خلاف ايضاح لكون الحراب وهو المبيح للقتل
والى هذا اشار بقوله ايضا ويقتل اقطع اليد اليسرى او احدى الرجلين وان لم يقاتل
احد لانه من اهل القتال والالة باقية واراد بيابس الشق مفلوج النصف بان
يبطل حسه وحركته منه **قوله** ها كلمة تنبيه والها في اخرها للسكت وقيل الدراري
النسا ههنا في قوله نهى عن قتل الصبيان والذراري وقال في الغريبين وفي الحديث لا تقتلوا
ذرية ولا عسيفا اي امراة ولا اجيرا **قوله** ولا يقتل مجنون وهذا لفظ القدوري
في مختصره وذلك لانه ليس بمكلف فصار كالصبي الا ان يقاتل فيقتل حينئذ دفعا له
لشرهما اما اذا اخذا بعد الفراغ من القتال فلا يقتلان لانهما ليسا من اهل القتل

بخلاف المجانين والنسوان اذا قاتلوا حيث يباح قتلهم بعد الفراغ ايضا جزاء على
قتالهم بخلاف المراة اذا لم تقاتل حيث لا تقتل الا اذا كانت ملكة فتقتل لكسر الشوكتهم
وان لم تقاتل كما اذا كان الصبي او المعتوه ملكا يقتلان لهذا المعنى وفي السير الكبير
لا يقتل الراهب في صومعة ولا اهل الكنايس الذين لا يخالطون الناس فان خالطوا
يقتلون كالقسيس وغيره وكذلك الراهب ان دل على عورة المسلمين جاز قتله
قوله وان كان يجن ويفيق فهو في حالة افاقته كالصحيح يعني يقتل حال افاقته
سوا وجد منه القتال او لا لكونه مقاتلا مخاطبا قوله ويكره ان يبتدي الرجل اباه
من المشركين فيقتله وهذه من مسايل الجامع الصغير واصله ما روي اصحابنا في كتبهم ان
حنظلة بن ابي عامر استاذن النبي عليه السلام في قتل ابيه الكافر فلم ياذن له وان عبد الله
بن ابي سلول كان راس المنافقين وكان ابنه مخلصا يقال له عبد الله ايضا فاستاذن النبي
عليه السلام في قتل ابيه فلم ياذن له ولانه امر بالمعروف في المصاحبة بنص الكتاب
فلا يحل ان يقتله ولان الابن يجب عليه نفقة والده والانفاق سبب الاحيا وقتله سبب
للافنا فلا يجوز للزوم (?) التناقض قال فان ادركه امتنع عليه حتى يقتله غيره اي امتنع الابن
عن قتل ابيه واقف عليه بان يلجئه فيضرب قوايم فرسه ونحو ذلك وانما يمتنع كي يقتله
غير الابن لئلا يلحق الابن ماثم في مباشرة قتل ابيه بخلاف ما اذا قصد الاب الكافر قتل
ابنه المسلم حيث يحل له قتل الاب دفعا عن نفسه اذا لم يقدر على ان يمتنع منه الا
بالقتل الا ترى ان الاب المسلم لو قصد قتل ابنه ولم يكن له دفعه الا بالقتل حل قتله
فهنا اولى قوله من غير اقتحامه الماثم اي من غير دخوله في الماثم يقال اقتحم الفرس النهر اي دخله قوله
الاطلاق في افنايه اي الاجازة في افنا الاب قال في شرح الطحاوي وما سوى الوالدين من ذي الرحم المحرم
فلا باس بقتله بدا في الكافر واما في اهل البغي والخوارج فكل ذي رحم محرم كالاب سوا واما في الرجم
في باب الزنا فان البداية بالشهود شرط فلو كان الشاهد هو الولد فلا باس بان يرمي ولا يقصد القتل
قوله لما بينا اشارة الى قوله لان مقصوده الدفع والله اعلم

باب الموادعة ومن يجوز امانه

لما فرغ من بيان القتال شرع في بيان الموادعة وهي المصالحة
بان يدع كل واحد من فريقي المسلمين والكافرين القتال مع الاخر لان ترك الشي يقتضي وجود
ذلك الشي سابقا لا محالة قوله واذا راي الامام ان يصالح اهل الحرب او فريقا منهم وكان ذلك
مصلحة للمسلمين فلا باس به وهذا لفظ القدوري في مختصره اي لا باس بالصلح اعلم ان الموادعة
مع اهل الحرب لا يجوز الا اذا كان بالمسلمين ضعف او كانت الموادعة خيرا للمسلمين كذا ذكره الكرخي
في مختصره وهو معنى قوله وكان ذلك مصلحة وهذا لقوله تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها يقال
جنح له واليه اذا مال ولما روي البخاري في الصحيح باسناده الى البرا ابن عازب قال صالح النبي عليه
السلام المشركين يوم الحديبية على ثلاثة اشيا على ان من اتاه من المشركين رده اليهم ومن اتاهم
من المسلمين لم يردوه وعلى ان يدخلها من قابل ويقيم بها ثلاثة ايام ولا يدخلها الا بجلبان السلاح
السيف والقوس ونحوه ولان المقصود من الجهاد دفع شرهم وفي الصلح ذلك فكان الصلح جهادا
من حيث المعنى وان لم يكن من حيث الصورة فجاز بخلاف ما اذا لم يكن بالمسلمين حاجة الى الصلح حيث
لا يجوز لقوله تعالى ولا تهنوا وتدعوا الى السلم وانتم الاعلون ثم يجوز الموادعة بجعل وبغير جعل
لان اخذ مالهم على ترك القتال يجوز كالجزية ويوضع موضع الخراج ولا خمس فيه ويجوز بيع

مال يعطيهم ايضا دفعا لشرهم ويجيء بعد هذا ان شاء الله تعالى فان قلت
ان الاية وهي قوله تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها منسوخة في قول ابن عباس بقوله تعالى قاتلوا
الذين لا يؤمنون بالله وفي قول مجاهد بقوله فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم فكيف جاز الاحتجاج
بها قلت قال في الكشاف الصحيح ان الامر موقوف على ما يرى
فيه الامام صلاح الاسلام واهله من حرب او سلم وليس بحتم ان يقاتلوا ابدا او يجابوا الى الهدنة
ابدا وفي السلم ثلاث لغات فتح السين وكسرها مع سكون اللام وفتحهما جميعا وهي مما يذكر ويونث والجلبان
بضم الجيم واللام وتشديد البا شبه جراب يضع فيه الرجل سيفه مغمودا وسوطه واداته ويعلقه
وراء رحله وقيل بسكون اللام وتخفيف البا قوله ووادع رسول الله عليه السلام اهل مكة عام
الحديبية على ان يضع الحرب بينه وبينهم عشر سنين فيه نظر لان الصحيح عند اصحاب المغازي ان
رسول الله عليه السلام وادعهم على ترك القتال سنتين هكذا ذكره معتمر بن سليمان في كتابه عن
ابيه قوله ولا يقتصر الحكم على المدة المروية اراد بها عشر سنين قوله لتعدي المعنى وهو دفع
الشر قوله بخلاف ما اذا لم يكن خيرا متصل بقوله وكان ذلك مصلحة للمسلمين فلا باس به يعني لا يجوز
الصلح اذا لم يكن خيرا بالمسلمين لانه ترك الجهاد صورة ومعنى قوله وان صالحهم مدة ثم راي نقض
الصلح انفع نبذ اليهم وقاتلهم وهذا لفظ القدوري في مختصره والاصل فيه قوله تعالى واما تخافن من
قوم خيانة فانبذ اليهم على سوا والنبذ الطرح والمراد بنبذ العهد هو الاعلام بنقض العهد وقد صح ان
النبي عليه السلام وادع قريشا فلما اراد النبذ بعث الى مكة من ينادي بنقض الصلح الا ترى الى ما روي
البخاري في الصحيح ان ابا هريرة قال بعثني ابو بكر رضي الله عنه فيمن يوذن يوم النحر بمنى لا يحج بعد
العام مشرك ولا يطوف بالبيت عريان فنبذ ابو بكر الى الناس في ذلك العام فلم يحج في عام حجة الوداع
الذي حج فيه النبي عليه السلام مشرك ولان الصلح كان لاجل مصلحة المسلمين فاذا كانت مصلحتهم في خلاف
تركه وانما ينبذ لئلا يكون غادرا والغدر حرام موجب للاثم الا ترى الى ما حدث البخاري في الصحيح
باسناده الى عبد الله بن عمرو قال قال رسول الله اربع خلال من كن فيه كان منافقا خالصا من اذا
حدث كذب واذا وعد اخلف واذا عاهد غدر واذا خاصم فجر من كانت فيه خصلة منهن كانت فيه
خصلة من النفاق حتى يدعها ثم لا بد من بلوغ خبر النبذ الى جميعهم احترازا عن الغدر قال في شرح
ابي نصر قد اعتبروا في ذلك ان يمضي مدة يتمكن ملكهم بعد علمه بالنبذ ان ينفذ الى جميع اطرافه
ويعلمهم ذلك فاذا مضت هذه المدة جاز للمسلمين ان يغيروا عليهم وعلى اطرافهم ومتى علم المسلمون ان
القوم لم يعلموا بذلك لم يجز لهم ان يغيروا عليهم حتى تمضي المدة المذكورة ويعني قوله تعالى خيانة
اي نقضا للعهد فانبذ اليهم على سوا اي الق اليهم نقضك العهد لتكون انت وهم في العلم بالنقض
سوا يعني مكشوفا بينا قوله فان بدوا بخيانة قاتلهم ولم ينبذ اليهم اذا كان ذلك باتفاقهم اي
قال القدوري في مختصره يعني ان بدا الكفار بنقض العهد يقاتلهم الامام قبل النبذ لكن بشرط ان
يكون نقضهم للعهد باتفاق منهم لانهم نقضوا العهد فلا عذر ورنا (?) اذن لحل قتالهم كذا في نقض العهد
ولحق بدار الحرب بخلاف ما اذا لم ينقض اهل ناحية منهم حيث لا يقاتلهم الا بالنبذ اليهم وبخلاف
ما اذا خرج الى دار الاسلام جماعة لا منعة لهم فقطعوا الطريق حيث لا يكون ذلك نقضا للعهد
اصلا لا في حقهم ولا في حق غيرهم كذا في نقض العهد في دارنا فاذا كانت لهم منعة يكون ذلك
نقضا في حقهم خاصة فيجوز قتلهم واسترقاقهم مع من معهم من النسوان والصبيان الا اذا كان ذلك
بامر ملكهم فحينئذ يكون نقضا في حقهم جميعهم لوجود الرضا منهم وهو معنى قوله لانه باتفاقهم

معنى قوله وان رأى الامام موادعة اهل الحرب وان يأخذ على ذلك مالا فلا بأس به وهذه
مسئلة الجامع الصغير المعادة وانما كررها بعد ان بين حكم موادعة اهل الحرب لما ان في مسئلة
القدوري لم يذكر الموادعة على المال ولم يذكر الموادعة مع المرتدين ايضا وصورتها فيه
محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في اهل الحرب ان رأى الامام ان يوادعهم فعل وان اخذ على ذلك
مالا فلا بأس به واما المرتد ون اذا غلبوا وادعونا حتى ننظر في امرنا فلا بأس بان يوادعهم ولا
يأخذ على ذلك مالا فان اخذ لم يرده عليهم اما الموادعة مع اهل الحرب فجائز بالكتاب والسنة وقد
بيناه انفا وجازت بالمال لان فيه وفور منفعة المسلمين فاذا جازت بدون المال فبالمال اولى
ثم المال المأخوذ يوضع في مصارف الخراج والجزية اذا اخذ وا قبل ان ينزلوا بساحتهم ولا خمس
فيه لانه في معنى الجزية اما اذا اخذ وا بعد ذلك فحكمه حكم سائر الغنائم يخمس ويقسم الباقي
بين الغانمين واما اهل الردة فلا بأس بموادعتهم اذا طلبوا ذلك رجاء الاسلام منهم لان القتال
مع اهل الكفر لاعلاء كلمة الله وطلب الاسلام فاذا طلبوا الموادعة حصل رجاء الاسلام فيؤخر
عنهم القتل قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير هذا اذا غلب المرتدون على مدينة وصارت
دارهم دار الحرب يدل على ما ذكره الفقيه وضع المسئلة في مختصر الكرخي بقوله غلب المرتدون على
دارين دون الاسلام فلا بأس بموادعتهم عند الخوف فلو وادعهم على المال لا يجوز لانه في معنى
الجزية فلا يجوز اخذ الجزية من اهل الردة ولكن مع هذا لو اخذ لا يرده عليهم لانه مال لهم فيء
للمسلمين اذا ظهر وا على ذلك بخلاف ما اخذ من اهل البغي حيث يرده عليهم بعدما وضع الحرب اوزارها
لانه ليس فيء الا انه لا يرده حال الحرب لئلا يكون اعانة لهم على المعصية قوله لما بينا من قبل
اشارة الى ما ذكر قبل هذا بخطوط بقوله لانه ترك الجهاد صورة ومعنى ويجوز ان يكون اشارة
الى قوله لانه يشبه الاجر قبل باب كيفية القتال بخمسة خطوط قوله منهم اي من المرتدين
قوله لما بين اي في باب الجزية قوله ولو حاصر العدو المسلمين وطلبوا الموادعة على
مال يدفعه المسلمون اليهم لا يفعله الامام وهذه مسئلة الاصل ذكرها تفريعا لمسئلة الجامع
الصغير وانما لا يفعله لان فيه الحاق الذل والصغار بالمسلمين فلا يجوز ذلك لقوله عليه
السلام لا ينبغي للمؤمن ان يذل نفسه الا اذا كان المسلمون يخافون الهلاك على انفسهم فلا بأس
بذلك لانهم اضطروا الى دفع الهلاك عن انفسهم والضرورات تبيح المحظورات فجازت الموادعة
سواء كانت بالمال او بغير مال وهو معنى قوله باي طريق يمكن قوله لما فيه من اعطاء الدنية
قال في المجمل الدنية النقيصة وسمعت شيخنا برهان الدين الخوبقي انشد في هذا المقام ؎
اذا ما اهان امرؤ نفسه ؎ فلا اكرم الله من يكرمه ؎
قوله ولا ينبغي ان يباع السلاح من اهل الحرب ولا يجهز اليهم هذا لفظ القدوري في مختصره
اي لا يحمل اليهم التجار الجهاز وهو المتاع يعني هنا السلاح وفي الجامع الصغير يكره بيع السلاح
من اهل الفتنة وفي الشامل في قسم المبسوط لا يحمل التجار اليهم الكراع والسلاح والحديد وكذلك
ذكر الحاكم في الكافي والاصل فيه قوله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم
والعدوان وفي بيع السلاح منهم او حمله اليهم اعانة لهم على المعصية فلا يحل بخلاف ما اذا باع بالكوفة
من اهل الكوفة ممن لا يعرف انه من اهل الفتنة حيث لا يكره لانه محمول على الجهاد لان امور
المسلمين محمولة على السداد وكذلك بيع الكراع منهم وحملها اليهم مكروه لتقويتهم على المعصية قال
الفقيه ابو الليث في شرحه للجامع الصغير وليس هذا كما قالوا في بيع العصير ممن يجعله خمرا لان

العصير

العصير ليس بالة للمعصية وانما يصير الة للمعصية بعد ما يصير خمرا واما ههنا فالسلاح الة
الفتنة في الحال فاذا كان هكذا يكره ممن يعرف بالفتنة فباشارة هذا يعلم ان بيع الحديد منهم
لا يكره لان نفسه ليست بالة للمعصية كالعصير واليه ذهب فخر الاسلام البزدوي في شرح
الجامع الصغير حيث قال وهذا في السلاح فاما فيما لا يقاتل به الا بصنعة فلا بأس كما
كرهنا بيع المزامير وابطلنا بيع الخمر ولم نر ببيع العنب بأسا ولا ببيع الخشب وما اشبه ذلك
قلت هذا هو التحقيق الا ان ظاهر الرواية بخلاف ذلك الا ترى ان الحاكم قد نص على نسوية
الحديد والسلاح واليه ذهب صاحب الهداية حيث قال وكذا الحديد لانه اصل السلاح لكن
يرد عليه بيع الخشب ممن يتخذ الة الفساد حيث لا يكره وكذا لا يكره بيع العصير ممن يتخذه
خمرا قوله وكذا الكراع اي الكراع كالسلاح لا يباع منهم ولا يجهز اليهم لما بينا اشارة الى قوله
لان فيه تقويتهم قوله وكذا بعد الموادعة اي كما لا يباع السلاح والكراع منهم قبل الموادعة
فكذلك بعد الموادعة لانها على شرف النقض بتبدل المصلحة او على شرف انقضاء مدة الموادعة
فيلزم تقويتهم قوله وهذا هو القياس في الطعام والثوب الا انا عرفناه بالنص يعني كان
القياس في بيع الطعام والثوب منهم وحمل ذلك اليهم ان يكون مكروها الا انا تركنا القياس بما روي
ان امر النبي عليه السلام ثمامة بان يمير اهل مكة اي يأتيهم بالطعام وكان اهل مكة حربا على
رسول الله عليه السلام حينئذ ولان الطعام ليس كالسلاح لانه الة القتل والفتنة وليس
كذلك الطعام ونحوه قال الحاكم الشهيد في الكافي فان كان الحربي جاء بسيف فاشترى مكانه قوسا
او رمحا او فرسا لم يترك ان يخرج به مكان سيفه وكذلك ان استبدل بسيفه خيرا منه وان كان
مثله او شرا منه لم يمنع فصل واذا امن رجل حر او
امرأة حرة كافرا او جماعة او اهل حصن او مدينة صح امانهم ولم يكن لاحد من المسلمين
قتالهم وهذا لفظ القدوري في مختصره اعلم ان امان الواحد الحر المسلم جائز سواء كان
ذكرا او انثى او اعمى او شيخا او مريضا وفي امان العبد كلام يجيء بعد هذا ان شاء الله تعالى
والاصل فيه ما روى صاحب السنن باسناده الى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قال قال
رسول الله عليه السلام المسلمون تتكافؤ دماؤهم ويسعى بذمتهم ادناهم ويجير عليهم اقصاهم
وهم يد على من سواهم وفي السنن ايضا مسندا الى ابن عباس رضي الله عنهما قال حدثتني ام هانئ
بنت ابي طالب انها اجارت رجلا من المشركين يوم الفتح فاتت النبي عليه السلام فذكرت ذلك
له فقال قد اجرنا وامنا من امنت وفيه ايضا مسندا الى عائشة رضي الله عنها قالت ان
كانت المرأة لتجير على المؤمنين فيجوز ولان الامان مشروع لدفع الخوف الحاصل من اهل
القتال فيجوز امان الواحد منا لانه من اهل القتال اما بماله تسبيبا او بنفسه مباشرة اما
نا وبل قوله عليه السلام ما كانت هذه تقاتل اي بنفسها فلما ثبت الامان في حق المؤمن ثبت
في حق سائر المسلمين كما في شهادة الواحد العدل لهلال رمضان اذا كان بالسماء علة لانه
ليس بعضهم فكذا هنا ولان سبب الامان وهو الايمان اي اعطاء الامان يتجزى فلا يتجزى الحكم
ايضا بثبوته في حق البعض دون البعض بل يثبت كملا في حق الجميع لان ثبوت المسبب
بحسب السبب كما في ولاية الانكاح لان سببها وهو القرابة ليس يتجزى فلا يتجزى الولاية
ايضا ولهذا اذا زوج احد الاولياء فليس للباقين الفسخ ومعنى الحديث اما قوله تتكافؤ
دماؤهم اي تتساوى في القصاص والديات لا فضل لشريف على وضيع كذا قال ابو عبيد

واما قوله يسعى بذمتهم ادناهم فالذمة الامان ولهذا سمي المعاهد ذميا لانه اعطي الامان على ماله ودمه للجزية التي تؤخذ منه ومنه قول سلمان الفارسي ذمة المسلمين واحدة وادناهم اي اقلهم كقوله تعالى ولا ادنى من ذلك ولا اكثر وهذا من الدنو وفسره محمد رحمه الله بالعبد من الدناءة واما قوله ويجير عليهم اقصاهم ويرد عليهم اقصاهم فمعناه اذا دخل العسكر ارض الحرب فوجه الامام السرايا فما غنمت من شيء جعل لها ما سمي لها ويرد ما بقي على اهل العسكر لانهم ردء للسرايا ويقال اجرت فلانا على فلان اذا حميته منه ومنعته واما قوله وهم يد على من سواهم اي كلمتهم ونصرتهم واحدة على جميع الملل المحاربة لهم يتعاونون على ذلك ولا يخذل بعضهم بعضا **قوله** للاقاة محله اي لملاقاة الامان محل الامان ومحله هو الحربي الخائف **قوله** ثم يتعدى الى غيره اي يتعدى الامان الى غير الذي امن من المسلمين **قوله** وهو الايمان اي سبب الامان الايمان اي اعطاء الامان لانه يقال امنته اي اعطيته الامان وقال بعضهم في شرحه المراد من الايمان التصديق بالقلب وفيه نظر لانه لا يقال امنته بمعنى صدقت فحصل للحربي في امان وانما لم يصح امان الذمي اي اعطاء الامان منه لان شرطه كون الشخص مسلما من اهل القتال **قوله** كولاية الانكاح اندرج بيانه فيما بيناه **قوله** قال الا ان يكون في ذلك مفسدة فينبذ اليهم اي قال القدوري في مختصره وهو استثناء من قوله ولم يكن لاحد من المسلمين قتالهم يعني اذا كان في الامان مفسدة فينبذ الامام اليهم كما لو امن الامام بنفسه ثم راى خلاف ذلك دفعا للضرر عن المسلمين ودفعا للغدر عن الكفار **قوله** وقد بيناه في اول فصل الموادعة عند قوله وان صالحهم مدة ثم راى نقض الصلح انفع نبذ اليهم والى ذلك الموضع ايضا اشار بقوله لما بينا **قوله** ولو حاصر الامام حصنا وامن واحد من الجيش وفيه مفسدة ينبذ الامام وهذا تكرار لا محالة لانه علم من قوله الا ان يكون في ذلك مفسدة **قوله** ويؤدبه الامام الضمير راجع الى واحد من الجيش **قوله** لافتياته على رايه اي لسبقه على راي الامام بخلاف ما اذا كان في امان هذا الواحد نظر للمسلمين ومصلحة لهم حيث لا يؤدبه الامام لانه لو انتظر الى راي الامام ربما يفوت المصلحة فكان في الاقدام على الامان معذورا قال في الجمل الافتيات افتعال من الفوت وهو السبق الى الشيء دون ائتمار من يؤمر يقال لا يفتات على فلان اي لا يعمل شيء دون امره **قوله** ولا يجوز امان ذمي هذا لفظ القدوري في مختصره اعلم ان امان الذمي باطل وان حضر لمعونة المسلمين لانه متهم في حقنا لانه يبغي ابدا في نفوذ الكفر فلم يجز امانه مع التهمة ولان الامان ولاية وهي تفاد قول الانسان على الغير شاء او ابى ولا ولاية للكافر على اهل الاسلام كقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ولا يصح امانه **قوله** قال ولا اسير ولا تاجر يدخل عليهم اي قال القدوري في مختصره وذلك لان الامان لدفع الخوف وهما مقهوران في ايديهم فلا خوف اذن فلا يصح امانهما ولانهم اذا احتاجوا الى الامان يكرهون الاسير او التاجر على الامان فيؤمنهم عن كره والامان مشروع لمصلحة المسلمين ولا مصلحة في امان حصل عن اكراه مفسد للرضا فلا يصح **قوله** ومن اسلم في دار الحرب ولم يهاجر الينا لا يصح امانه وهذه من مسائل الاصل ذكرها تفريعا لمسألة القدوري وذلك لما قال لان الامان يختص بمحل الخوف وهو المراد بقوله لما بينا **قوله** ولا يجوز امان العبد عند ابي حنيفة رضي الله عنه الا ان ياذن

له مولاه في القتال وقال محمد يصح وهذه من مسائل القدوري وقد اختلفت الرواية عن ابي يوسف ففي رواية الطحاوي انه مع ابي حنيفة رضي الله عنه وهو الظاهر عنه ولهذا قال في الشامل في قسم المبسوط امان العبد ان كان يقاتل مع مولاه جاز والا فلا عندهما وقال محمد والشافعي يجوز في الوجهين واعتمد عليه صاحب الاسرار ايضا وفي رواية الكرخي قول ابي يوسف مع محمد واعتمد عليه القدوري في شرحه لمحمد رحمه الله قوله عليه السلام ويسعى بذمتهم ادناهم والا دنى المسلمين هو العبد فيصح امان العبد كيف كان بحكم اطلاق الحديث ولان العبد المحجور عن القتال مؤمن بالله تعالى ورسوله ممتنع اي له امتناع وقوة كالماذون له في القتال فيصح امانه والجامع اعلاء كلمة الحق ودفع شر الكفار وهو معنى قوله واعزاز الدين واقامة المصلحة وشرط الايمان لان الجهاد عبادة فلا بد لصحتها من الايمان وشرط الامتناع لان الامان ازالة الخوف من الحربي وخوفه ممن له قوة القتال لا محالة ولان الامان لاقامة مصلحة المسلمين والعبد والحر فيها سوا ولان امانه لو لم يكن فيه مصلحة ينقضه الامام بعد النبذ كما في امان الواحد الحر فيكون موقتا ثم الامان المؤبد يجوز من العبد المحجور فالموقت اولى لانه اذا قبل عقد الذمة من الحربي جاز ولم يجز فسخه ولابي حنيفة رضي الله عنه ان الامان ازالة الخوف والكفار لا يخافون من العبد المحجور لانه لا يملك القتال لحق مولاه فلا يصح امانه بخلاف الماذون له في القتال فانهم يخافون منه لقتاله فصح امانه ولان امان العبد تصرف في حق المولى على وجه لا يعرى عن الحاق الضرر بالمولى فلا يجوز الحاق الضرر به الا برضاه بيانه ان امانه لو صح يحرم القتال والاستغنام بعد ذلك والاستغنام اكتساب مال مباح فبعد صحة الامان لا يبقى للمولى استعمال عبده في الاستغنام وهو ضرر بالمولى لا محالة بخلاف امان الماذون فانه يتصرف في حق المولى برضاه وبخلاف المؤبد من الامان وهو عقد الذمة فانه يصح من المحجور لان عقد الذمة خلف عن الاسلام من حيث انه ينتهي به القتال المطلوب به اسلام الحربي ثم اذا طلب الحربي عرض الاسلام عليه من المحجور يفترض عليه العرض فكذا اذا طلب عقد الذمة ولان الامان المؤبد مقابل بالجزية وفيها نفع بالمسلمين لا ضرر فصح ذلك الامان لهذا والجواب عن الحديث فالمراد منه الحر جمعا بين العقل والنقل ومعنى الادنى هو الاقل كقوله تعالى ولا ادنى من ذلك ولا اكثر وما جاء في الحديث من صحة امان العبد فالمراد منه الماذون بدليل ما ذكرنا وما ذكر من المصلحة مبني امر يعرف بالنظر والاجتهاد يحتمل الخطا فلا يثبت في حق المولى وحق ساير المسلمين **قوله** فالايمان اي شرط الايمان من الذي يؤمن الحربي والامتناع اي شرط الامتناع **قوله** والتاثير اي في صحة قياس المحجور بالماذون لا علة المسابقة اي لا يملك المحجور المضار بالسيف يعني القتال **قوله** ولانه اي ولان المحجور عطف على قوله لانه لا يخافونه **قوله** والامان نوع قتال وذلك لان القتال لدفع شر الكفرة وفي الامان دفع شرهم ايضا **قوله** فيما ذكرناه اي من الامان احتمال الضرر لان الامان نوع قتال وفيه سد باب الاستغنام **قوله** بايجاب الامان وقد مر بيانه **قوله** لمباشرته القتال اي لمباشرة الماذون لانه لما باشره عرف مصلحة الامان فكان الخطا نادرا **قوله** وبخلاف المؤبد اي الامان المؤبد وهو عقد الذمة جواب قوله وبالمؤبد من الامان وقد بيناه انفا ولانه الضمير فيه راجع الى المؤبد في الموضعين **قوله** فافترقا اي افترق امان العبد المحجور عليه عن القتال وامان الماذون له بالقتال

او افتقد الامان الموقت من المحجور والامان المؤبد منه **قوله** ولو امن الصبي وهو لا
يعقل لا يصح كالمجنون وان كان يعقل وهو محجور عن القتال فعلى الخلاف اي على الخلاف
المذكور في العبد المحجور ذكر هذه المسئلة تفريعا لمسئلة القدوري وهي مسئلة السير
الكبير قال الناطفي في الاجناس فانقلا عن السير الكبير قال محمد الغلام الذي راهق الحلم وهو
يعقل الاسلام ويصفه جاز امانه ثم قال وهذا قوله فاما عند ابي حنيفة وابي يوسف
فلا يجوز وقال في كتابة البيهقي لا يجوز امان الصبي المراهق ما لم يبلغ عند ابي حنيفة وعند محمد
يكون يجوز اذا كان يعقل الاسلام وصفاته وكذلك المختلط العقل لانه من اهل القتال
كالبالغ الا انه يعتبر ان يكون مسلما بنفسه ولابي حنيفة انه لا يملك ان يعقد في حق نفسه
ففي حق جميع المسلمين اولى والفاظ الامان للحربي ولا تخف ولا توجل او مترس ولكم عهد
الله او ذمة الله وتعال فاسمع الكلام ذكره في السير الكبير وقال الناطفي قال في السير املا
سالت ابا حنيفة عن الرجل يشير باصبعه الى السماء لرجل من العدو فيأتيه ليس هذا امانا
وابو يوسف استحسن ان يكون امانا وهو قول محمد ذكره في السير الكبير والله اعلم

باب الغنائم وقسمتها

انما ذكر الغنائم
بعد ذكر الامان لان الامام اذا حاصر الكفار فاما ان يؤمنهم واما ان يقتلهم ويغنم اموالهم
فكانت الغنيمة وقسمتها احد ما يختاره الامام ثم الغنيمة اسم لمال ماخوذ من الكفرة بالقهر
والغلبة والحرب قائمة والفيء ما اخذ منهم من غير قتال كالخراج والجزية وفي الغنيمة خمس
دون الفيء **قوله** واذا فتح الامام بلدة عنوة اي قهرا فهو بالخيار ان شاء قسمه بين المسلمين
كما فعل رسول الله عليه السلام بخيبر وان شاء اقر اهله عليه ووضع عليهم الجزية وعلى
اراضيهم الخراج وهذه من مسائل القدوري اعلم ان المسلمين اذا فتحوا مدينة من مدائن
الروم عنوة فالامام بالخيار ان شاء قتل مقاتلتهم وخمس نساءهم وذراريهم واراضيهم واموالهم
ودفع الخمس لليتامى والمساكين وابن السبيل وقسم الباقي بين الذين فتحوها ويضع على اراضيهم
العشر لانه ابتداء توظيف على المسلم وان شاء من عليهم برقابهم ونسائهم واموالهم وجعلهم
احرارا ذمة للمسلمين يضع على مقاتلتهم الجزية وعلى اراضيهم الخراج يستوي فيه الماء
العشري نحو ماء السماء والعيون والابار والخراجي نحو ماء الانهار التي حفرتها الاعاجم
لانه ابتداء التوظيف على المسلم وان شاء من عليهم برقابهم ونسائهم واموالهم وجعلهم احرارا
ذمة للمسلمين يضع على مقاتلتهم الجزية وعلى اراضيهم الخراج يستوي فيه الماء العشري
نحو ماء السماء والعيون والابار والخراجي نحو ماء الانهار التي حفرتها الاعاجم لانه ابتداء
التوظيف على الكافر وقال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير وان شاء من
عليهم برقابهم واراضيهم وقسم ساير اموالهم وهذا مكروه الا ان يدع لهم في ذلك ما
يتوصلون به الى العمل في اراضيهم فان من عليهم برقابهم واموالهم دون الاراضي فان ذلك
لا يجوز لانه لم يرد في الشرع لانه ضرر محض الى هنا لفظه اما القسمة فلما روي في الصحيح
البخاري وغيره مسندا الى زيد بن اسلم عن ابيه قال قال عمر رضي الله عنه لولا اخر المسلمين
ما فتحت قرية الا قسمتها بين اهلها كما قسم النبي عليه السلام خيبر واما المن ووضع الخراج
والجزية فلما روي عن عمر رضي الله عنه حين فتح سواد العراق انه فعل كذلك وعند الشافعي
لا يجوز المن بالاراضي في الفتوح فيها واما المن بالمنقول فلا يجوز بالاتفاق وقال في الاسرار

قال بعض الناس ليس للامام ذلك في الرقاب والاراضي لان الله تعالى قسم الغنيمة فجعل
الخمس لله ولرسوله والاربعة الاخماس للغانمين وليس له ان يبطل قسمة الله تعالى ولان
النبي عليه السلام قسم خيبر وكل بلدة فتحها ولان الغنيمة حق الغانمين فلا يجوز للامام
ان يبطل ذلك من غير بدل يعادله لان منفعة الخراج للغانمين ليست مثل منفعة اهل
الارض وهذه حجة للشافعي ايضا الا انه يقول في المن بالرقاب انما جاز لان للامام ان
يبطل حقهم في الاصل بالقتل فكذا بالخلف وهو الجزية ولنا ما روينا عن عمر رضي الله
عنه وقد احتج عمر رضي الله عنه على سائر الصحابة بقوله تعالى ما افاء الله على رسوله
من اهل القرى فلله وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل ثم قال
للفقراء المهاجرين وادخلهم معهم ثم قال والذين تبوؤا الدار والايمان يريد بذلك
الانصار وادخلهم معهم اي وللذين ثم قال والذين جاؤا من بعدهم اي وللذين فادخل فيهم
من يجي من بعدهم ورجعت الصحابة الى قوله حين سمعوا الحجة بيان ذلك ان القسمة لو كانت
حتما ولم يجز المن بالاراضي ووضع الخراج لم يكن من الغنيمة نصيب لمن يجي من بعدهم وذلك خلاف
الاية وما علم الخلاف من الصحابة سوى بلال واصحابه لقلة بصرهم في الفقه فانهم كانوا
اصحاب الظاهر لا المعنى ولا يعتبر خلافهم مع اجماع اهل الفقه من الصحابة قال القاضي
ابو زيد روي ان عمر رضي الله عنه قال اللهم اكفني بلالا واصحابه فحال الحول وما فيهم عين
تطرف ماتوا كلهم قال وقيل ان بني بجيلة اتوا على عمر فاعطاهم ربع العراق ثم استنزله منهم بالدنانير
واصاب جرير بن عبد الله من ذلك ثمانون الف دينار وقلنا لا خلاف ان للامام ان يقسم اذا
لم يرضوا الا طلبا لرضاهم اذا راى الصلاح فيه وانما الخلاف في ان له حق المن ام لا وقد
ثبت ذلك بالاية ولان رسول الله عليه السلام فتح مكة عنوة ومن على اهلها بالابنية وهي
مما تتملك ولم يقسمها بين الغانمين يدل على ذلك قول الله تعالى وهو الذي كف ايديهم عنكم
وايديكم عنهم ببطن مكة من بعد ان اظفركم عليهم وهذا لان كف الايدي من بعد الظفر لا
يكون بالصلح بل بالقتال ويدل على ذلك قوله عليه السلام يوم الفتح من دخل دار ابي سفيان
فهو امن ومن القى السلاح فهو امن فلو كان الفتح بالصلح لما احتيج الى ذلك يؤيده قوله تعالى اذا
جاء نصر الله والفتح وذلك لانه لو كان بالصلح لقال والانفتاح لا والفتح وروي ان رسول الله
عليه السلام دخل مكة وعلى راسه مغفر رواه في السنن وذاك دخول اهل القتال لا الصلح
والجواب عن استدلاله بالعقد فنقول الخراج وان كان لا يعادل الارض في الحال لكنه
يعادلها بدوامها لانه يجب في كل سنة وفيه نفع عام للغانمين ومن بعدهم **قوله** عنوة
اي قهرا ليس بتفسير له لغة لان العنوة من عنا يعنو عنوا اذا ذل وخضع الا انه اراد القهر
بطريق الكناية لان القهر يستلزم الذل وذكر اللازم وارادة الملزوم كناية **قوله**
ولم يجد من خالفه يريد بهم بلالا واصحابه وانما لم يجد واحدا لانهم ماتوا بدعاء عمر رضي الله عنه
وقد مر بيانه انفا فيتخير اي الامام **قوله** قيل الاولى هو الاول عند حاجة الغانمين اراد
بالاول القسمة كما فعل رسول الله عليه السلام بخيبر **قوله** والثاني عند عدم الحاجة
اراد بالثاني اقرار اهل البلد عليه بالمن ووضع الجزية والخراج **قوله** وهذا في العقار
اي اقرار اهل البلد عليه بالمن عليهم اما في المنقول المجرد فلا يجوز المن لعدم ورود الشرع
به بخلاف المن بالمنقول اذا كان تبعا للعقار حيث يجوز ذلك تبعا فيقال من عليه منا اذا

اثم والمراد من المن بالمنقول له ان يدفع اليهم مجانا قوله لان في المن ابطال حق الغانمين اي عندنا لانه لا يثبت الملك قبل الاحراز بدار الاسلام او ملكهم اي ابطال ملكهم يعني عند الشافعي لان الغنيمة تملك عنده قبل الاحراز بالدار بعد ما لهاي بعادل الحق او الملك غير معادل اي بلا راجح ماروينا اي من فعل عمر رضي الله عنه بموافقة الصحابة قوله ولان فيه اي في اقرار اهله عليه نظرا اي للمسلمين لان الكفار حينئذ يكونون كالاكرة اي كالمزارعين مع ارتفاع المونة عن الامام وعن المسلمين فكان نظرا تاما ونفعا عظيما قوله العالمة بوجوه الزراعة صفة الاكرة لا صفة المسلمين وهي من العلم لا من العمل قوله وان من عليهم بالرقاب والاراضي يدفع اليهم من المنقولات بقدر ما يتهيأ لهم العمل وليخرج عن حد الكراهة وذلك لانهم لا يتمكنون من الانتفاع بالاراضي الا باسباب الزراعة فلا بد من ان يدفع لهم ما به يتقوون على ذلك فان لم يدفع يكره وان جاز قوله كان وهو في الاسارى بالخيار ان شاء قتلهم اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه وان شاء استرقهم وان شاء تركهم احرارا ذمة للمسلمين ولا يجوز ان يردهم الى دار الحرب والحاصل ان للامام في الرقاب ثلاث خيارات القتل والاسترقاق وجعلهم اهل ذمة على الجزية لكن القتل انما يجوز قبل الاسلام فاذا اسلموا فلا قتل فيجيء بعد هذا اما جواز القتل فلما روى صاحب السنن ان رسول الله عليه السلام قال يوم فتح مكة اربعة لا او منهم في حل ولا حرم فسماهم وقينتين كانتا لمقيس فقتل احداهما وافلتت الاخرى فاسلمت وحدث البخاري وصاحب السنن باسنادهما الى انس بن مالك ان رسول الله عليه السلام دخل يوم الفتح وعلى راسه المغفر فلما نزعه جاء رجل فقال ان ابن خطل متعلق باستار الكعبة فقال اقتلوه وقد صح ان رسول الله عليه السلام اسر يوم بدر سبعين رجلا وكان منهم عقبة بن ابي معيط امر بقتله فقتله رجل يقال له عاصم ابن الافلح الانصاري ولان فيه قطع الفساد بالكلية واما استرقاقهم فلان فيه دفع الشر عن المسلمين كالقتل مع ما فيه نفع وافر لاهل الاسلام وهو استخدامهم والانتفاع بهم بعد اندفاع شرهم بالاسترقاق واما جعلهم اهل ذمة على الجزية ثم منع الجزية والخراج فلما روى عن عمر رضي الله عنه انه فعل كذلك بارض السواد وهو معنى قوله لما بينا لكن هذا الحكم في غير المشركين من العرب وفي غير المرتدين لانه لا يجوز استرقاقهم ولا وضع الجزية عليهم ولا يقبل منهم الا الاسلام او السيف وسيجيء ذلك في باب الجزية ان شاء الله تعالى وهو معنى قوله على ما نبين واما عدم جواز رد الاسارى الى الكفار كيلا يكون معونة وتقوية للكفار على المسلمين بهم وتقويتهم ومعونتهم لا يجوز لقوله تعالى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان فكذا امانة تحصل تقويتهم كما في رد السلاح اليهم قوله فان اسلموا لا يقتلهم اي ان اسلم الاسارى بعد الاسر لا يقتلهم الامام لان الغرض من القتل دفع شرهم وقد حصل ذلك بالاسلام بدون القتل فلا حاجة اليه لكن يجوز استرقاقهم بعد اسلامهم لان الاسلام لا ينافي الرق جزاء الكفر الاصلي وكان الامام مخيرا بين الامور الثلاثة فيهم وقد امتنع الاثنان وهما القتل والجزية لمانع الاسلام فبقي الامام باقيا على خياره في الباقي وهو الاسترقاق بخلاف ما اذا اسلم قبل الاستيلاء حيث لا يجوز الاسترقاق لانه صار اولى الناس بنفسه قبل انعقاد سبب الملك وهو الاستيلاء والاخذ قوله لان فيه اي في الاسترقاق قوله لما بينا اشارة الى فعل عمر رضي الله عنه وقد مر بيانه قوله على ما نبين سنذكره انفا بدونه اي بدون القتل وله اي وللامام قوله ولا يفادي بالاسارى عند ابي حنيفة وقالا يفادى بهم اسارى المسلمين وهذه مسئلة مختصر القدوري اي لا يوخذ فديه

بمقابلة اطلاق الاسارى التي في ايدي المسلمين لان المفاداة فعل من اثنين يقال فاداه اذا اطلقه واخذ فديته كذا قال المطرزي وفدا الاسير استنقاذه بنفس او بمال اعلم ان اخذ الفدية بمقابلة اطلاق اسارى المشركين لا يجوز عند ابي حنيفة وهو المشهور عنه وعند ابي يوسف ومحمد وهو قول الشافعي يجوز ان يفادى بالاسارى التي في ايدينا اسارى المسلمين الذين في ايدي الكفار ولا باس به وهو احدى الروايتين عن ابي حنيفة كذا قال في شرح الطحاوي واعتمد على هذه الرواية صاحب الاسرار لهما قوله تعالى فاما منا بعد واما فداء قال صاحب الكشاف اي فاما تمنون منا واما تفدون والمعنى التخيير بعد الاسر بين ان يمنوا عليهم فيطلقوهم وبين ان يفادوهم وحدث الطحاوي في شرح الاثار عن عمران بن حصين ان رسول الله عليه السلام فادى برجل من العدو رجلين من المسلمين ولان فيه تخليص المسلم من عذاب الكفار فكان ذلك اولى من قتل الكافر الاسير في ايدينا او الانتفاع به ولنا قوله تعالى فاذا انسلخ الاشهر الحرم فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وهذه الاية ناسخة لتلك الاية لان سورة براءة اخر سورة انزلت كذا روى البخاري في الصحيح عن البراء رضي الله عنه فكانت ناسخة لما قبلها فلما كانت الاية الاولى منسوخة لا يجوز ترك حكم الله تعالى في الاسارى من القتل او الاسترقاق او الاسلام ولان في رد الاسير اليهم اعانة لهم على المعصية حيث يعود الاسير حربا علينا فلا يجوز ذلك كرد سلاحهم ودفع شره خير من استخلاص المسلم لانهم لو عذبوه كان مبتلى في ايديهم مضافا ذلك اليهم فاما اذا دفعنا اسيرهم يكون شر حرابه الواقع علينا مضافا الينا بطريق التسبيب والجواب عن الحديث الذي احتجا به فنقول ذلك منسوخ بدليل ما اخبر عمران بن حصين في شرح الاثار معشرا ان رسول الله عليه السلام فدى بذلك الماسور بعد ان اقر بالاسلام وقد نسخ ان يرد احد من اهل الاسلام الى الكفار بقوله تعالى لا ترجعوهن الى الكفار ثم اعلم ان جواز المفاداة بالاسارى عندهما فيما قبل القسمة اما بعد القسمة او الاحراز بدار الاسلام فقال ابو يوسف لا يجوز وقال محمد يجوز كذا ذكره القدوري في شرحه وجه قول محمد ان اعادة المسلم الملتزم احكام الاسلام اولى من امساك هذا المباين لدين الاسلام ووجه قول ابي يوسف ان القتل سقط عنه بعد القسمة واستقر فيه الرق فصار من اهل دارنا فلم يجز المفاداة به كما لم يجز بسائر اهل دارنا من الذمي او المسلم هذا الذي ذكرناه في مفاداة اسير في ايدينا باسير مسلم في ايديهم اما المفاداة بالمال فهل يجوز فالمشهور عن اصحابنا انها لا تجوز كيلا يعود حربا علينا يوجد قوله تعالى لولا كتاب من الله سبق لمسكم فيما اخذتم عذاب عظيم فقال رسول الله عليه السلام لو نزل العذاب ما نجا منه الا عمر لان عمر رضي الله عنه كان يشير بالقتل وقال تعالى وان ياتوكم اسارى تفادوهم وهو محرم عليكم اخراجهم فدل انه حرام وروي عن محمد في السير الكبير لا باس به اذا كان بالمسلمين حاجة لان النبي عليه السلام فادى اسارى بدر بمال اخذ وهذا اسند لا لعجب مع نزول الاية بالانكار على المفاداة قال في شرح الطحاوي ويفادى اسرا المسلمين الذين في دار الحرب بالدراهم والدنانير وما ليس فيه قوة للحرب كالثياب وغيرها ولا يفادى بالسلاح قوله لانه لا يفدي اي لان هذا الاسير الذي اسلم في ايدينا بمسلم اسير في ايديهم لا يفيد لانه لا فائدة في تخليص المسلم بالمسلم الا اذا رضي بذلك نفس الاسير المسلم وكان مامونا على اسلامه فحينئذ لا باس به وينبغي ان يكون هذا على قولهما لان في المشهور عن ابي

حنيفة لا يفادي الاسير لا بالنفس ولا بالمال **قوله** قال ولا يجوز المن عليهم اي قال القدوري
في مختصره لا يجوز المن على الاسارى وهو الانعام عليهم بان يتركهم مجانا بدون اجرا الاحكام
عليهم من القتل او الاسترقاق او تركهم ذمة للمسلمين وقال في شرح ابي نصر قال الشافعي لا باس
بذلك اذا راه الامام لنا قوله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ولان بالاسر ثبت حق
الغانمين فلا يجوز ابطال ذلك بغير عوض كسائر الاموال المغنومة ولان في ذلك معونة وتقوية
للكفار على المسلمين فلا يجوز كرد السلاح اليهم وما روي ان النبي عليه السلام من على بعض الاسارى
فليس بصحيح ولئن صح فهو محمول على النسخ بهذه الاية وحديث البخاري في الصحيح ان النبي عليه السلام
قال في اسارى بدر لو كان مطعم بن عدي حيا ثم كلمني في هولاء النتنى لتركتهم له ولهذا المقدار
لا يثبت المن لان لولا امتناع النسخ لامتناع عنه **قوله** واذا اراد الامام العود ومعه مواشي
فلم يقدر على نقلها الى دار الاسلام ذبحها وحرقها ولا يعقرها ولا يتركها وهذا لفظ القدوري
في مختصره وعند مالك يعقرها وعند الشافعي يتركها وعند احمد لا يعقر شاة ولا دابة الا لاكل
لاحمد والشافعي ما روي انه عليه السلام نهى عن الذبح للحيوان الا لماكله وجه قول مالك مثله ايضا
ولكن يقول بالعقر لئلا ينتفع به الكفار ولنا ان اكل حيوانهم يجوز لغرض صحيح فكذا اتلافه لغرض
صحيح والاتلاف غرض صحيح في الحاق الغيظ بالاعدا وكسر شوكتهم فتذبح وتحرق اما الحرق بعد
الذبح فلئلا ينتفعوا به اصلا لانهم ينتفعوا بالميتة فاولى ان ينتفعوا بالمذبوح وقطع تحريم
وافساد ديدنهم وتخريب بنيانهم يجوز فكذا احراق حيوانهم بعد الذبح والجامع قطع المنفعة
عنهم ودفع الضرر عن المسلمين بازالة ما به يحصل قوتهم وشوكتهم وانما لا يحرق قبل الذبح لما
روي في السنن عن النبي عليه السلام انه قال لا يعذب بالنار الا رب النار وفيما قال مالك
مثلة وهو حرام مع تبقية المنفعة للكفار وكذا فيما قال الشافعي والمواشي جمع الماشية
وهي الابل والبقر والغنم والماكلة بضم الكاف وفتحها يعني **قوله** وتحرق الاسلحة ايضا
ذكرها تتميما لمسئلة القدوري قال الحاكم الشهيد في الكافي اما السلاح والمتاع فتحرقهما بالنار
اذا لم تستطع اخراجهما الى دار الاسلام وذلك لانه مامور بقطع قوة المشركين واثبات
القوة للمسلمين وقد عجز عن احدهما وقدر على الاخر فياتي بما قدر عليه لكن هذا اذا كان سلاحا
يحترق بالنار اما اذا كان لا يحترق بالنار بان كان حديدا يدفن لان قطع قوة المشركين بهذا
السلاح انما يكون بالدفن كذا قال في الفتاوى الولوالجي ومنه ايضا ويترك النسا والصبيان في
ارض غامرة اي خربة حتى يموتوا جوعا كيلا يعودوا حربا علينا لان النسا يقع بهن النسل واما
الصبيان فانهم يبلغون ويصيرون حربا علينا **قوله** ولا يقسم غنيمة في دار الحرب حتى يخرجها
الى دار الاسلام وهذا لفظ القدوري في مختصره قال الحاكم الشهيد في الكافي ولا تقسموا
الغنيمة في دار الحرب حتى تخرجوها الى دار الاسلام وتحرزوها وان قسمها جاز وقال ابو
يوسف ان لم يجد الامام لها حمولة يحملها عليها فليقسمها في دار الحرب الى هنا لفظه وقال
في كتاب السير وينبغي للامام ان لا يقسم الغنيمة قبل الاحراز بدار الاسلام وعن ابي يوسف
الاحب ان لا يقسم في دار الحرب وعند الشافعي لا باس ولهذا قال الكرخي في مختصره قال ابن
سماعة عن ابي يوسف سالت اباحنيفة عن الغنيمة تصيبها المسلمون في دار الحرب من المشركين كيف
يقسم وهل يقسم في دار الحرب او بعد ما تخرجونها الى دار الاسلام فقال اذا اصاب
المسلمون غنيمة فانه لا ينبغي ان يقسم في دار الحرب لان المسلمين لم يحوزوها واحرازها ان

يخرج

يخرج الى دار الاسلام وقال ابو يوسف ان قسمت في دار الحرب يجاز وان لم يقسموها حتى
يخرجوها الى دار الاسلام فهو احب الي وقال علاء الدين العالم في طريقة الخلاف قال علماؤنا
قسمة الغنايم في دار الحرب لا تجوز وقال الشافعي تجوز والاصل في المسئلة ان الملك للغزاة
بعد استقرار الهزيمة قبل الاحراز بدار الاسلام لا يثبت عندنا وقال الشافعي في احد
قوليه يثبت الملك بنفس الاخذ وفي قوله الاخر بعد الفراغ من القتال لما انهزم العدو
ذكر قوليه في التحفة وعلى هذا الاصل مسائل منها جواز القسمة بدار الحرب عنده وعدم
جوازها عندنا ومنها لو مات واحد من الغزاة قبل الاحراز لا يورث نصيبه عندنا
خلافا له ومنها لو لحقهم المدد بعد الهزيمة قبل الاحراز يشاركهم المدد عندنا في الغنيمة
خلافا له ومنها ما قال في التحفة ان الامام اذا باع شيئا من الغنايم لا لحاجة الغزاة او باع
واحد من الغزاة لا يصح عندنا خلافا له ومنها لو استولد واحد جارية من المغنم فولدت ولدا فادعاه
ثبت نسبه منه وتصير الجارية ام ولد له وعندنا لا يثبت ويجب العقر ولا يجب الحد لوجود سبب
الملك ويقسم الجارية والولد والعقر بين الغانمين ذكره في المختلف ومنها لو اتلف واحد شيئا من
المغنم قبل الاحراز لا يضمن عندنا كذا في التحفة وجه قول الشافعي ان سبب ملك اموال الكفار
هو القهر والاستيلاء وقد تم الاستيلاء بعد استقرار الهزيمة على مال مباح فيثبت الملك مشتركا بين
الغانمين كما لو احتطبوا حطبا فيجب القسمة ويثبت الارث ولا يشركه المدد لانه حينئذ يلزم
الاستغنام من المسلمين فلا يجوز وقد روي ان النبي عليه السلام قسم غنايم خيبر واوطاس وبني
المصطلق في ديارهم ولنا ان الملك انما يثبت لهم بالاستيلاء التام ولهذا لا يثبت في مورد الهزيمة
والاستيلاء التام قبل الاحراز لم يوجد لان الغانمين وان كانوا قاهرين يدا مقهورون دارا فلم
يتم السبب فلا يثبت الملك لان الدار في ايديهم معنى حيث ما اجريت على اهلها احكام الاسلام بخلاف
ما اذا فتحت البلدة واجريت فيها احكامها حيث تصير دار الاسلام فيجوز القسمة حينئذ ثمه
لانه تم الاستيلاء والقهر يدا ودارا والمراد من الاستيلاء التام القدرة على الانتفاع في الحال
والادخار الى الزمان الثاني لدفع الحاجة المهلكة فان قيل
لا نسلم ان الملك لا يثبت قبل الاحراز بدار الاسلام الا ترى ان عبدا منهم لو خرج مراغما لمولاه
والتحق بعسكر المسلمين عتق ولو ان المراة اذا خرجت مراغمة لزوجها بعسكرنا تبين من زوجها فلو
لا ان يد الكفار تزول وتثبت يد الغزاة لما وقع العتق والبينونة قلنا
ذلك بثبوت اليد ظاهرا ايضا بخلاف القياس قال عليه السلام في عبيد الطايف هم عتقاء الله
فاذا زال ملك اليمين وهو الاقوى ثبت ملك النكاح وهو الادنى بالطريق الاولى والجواب عن
قسمة رسول الله عليه السلام بدارهم فنقول قال محمد بن الحسن قسم رسول الله غنايم بدر
بالمدينة وغنايم حنين بعد منصرفه الى الجعرانة وكان اول حدود دار الاسلام وقسم غنايم خيبر
واوطاس وبني المصطلق بعد الفتح واجرا احكام الاسلام فيها فصارت دار الاسلام كذا ذكر
صاحب الاسرار وغيره فان قيل اذا قسم الامام جاز وهذا
دليل الملك قلنا لا نسلم جوازها على الاطلاق وانما يجوز اذا
قسم واجتهد وراى خلاف ذلك لا يجوز لان قضا الحكم في مجتهد فيه انما يجوز اذا راى ذلك فاذا
لم ير ذلك وقضى بخلاف رايه لا يجوز كذا ذكره العالم في طريقة الخلاف والباقي يعلم ثمه ان
شا الله تعالى **قوله** عدة من المسائل ذكرناها في الكفاية والمسائل مر ذكرها انفا والكفاية

اراد بها كتابة المثنى وهي مفقودة في ديارنا وديار العراق والشام ومصر وسائر فهو ابدينا
جا إلى مصر عهدها فقال ما عند اهل اليمن حس بذلك فما ادري هل هي موجودة بديار الهند ام
والمغرب ام لا **قوله** والقسمة بيع معنى لان البيع مبادلة وفي القسمة ذلك لان احد الشركا
لما اجتمع نصيبه في البعض كان ذلك بدلا عن نصيبه في الباقي **قوله** اثبات اليد الحافظة
والناقلة والحافظة هي التي يثبت بها حفظ العين والناقلة هي التي تنقل العين من شخص الى
شخص وهي في مسئلتنا منعدمة لان الكفار يردون لان الدار في ايديهم قادرون على
الاستنقاذ اي الاستخلاص ظاهرا بما عرف اهل الدار **قوله** ووجوده بالاحراز عطفا على
قوله لقدرتهم اي لوجود الاستنقاذ **قوله** ثم قيل موضع الخلاف يعني اختلفوا في المراد
بقوله ولا يقسم غنيمة في دار الحرب قال بعض المشايخ المراد منه عدم جواز القسمة حتى لا يثبت
الاحكام المترتبة على القسمة كاثبات الملك عن ملك الغنيا ومبادلة الملك بملكه على وجه يظهر
اثره في حق الوطي ونفاد البيع والهبة ونحو ذلك وقال بعضهم المراد منه الكراهة بدونه اي
بدون الكراهة قال صاحب الهداية وهي كراهة تنزيه عند محمد فانه قال على قول ابي حنيفة
وابي يوسف لا يجوز القسمة في دار الحرب وعند محمد الافضل ان يقسم في دار الاسلام وفي
ذكر الخلاف هكذا نظر لانه لا خلاف في الظاهر عن اصحابنا وهو المشهور عنهم وانما الخلاف
فيما يروى عن ابي يوسف لا عن محمد وقد مر ذلك اولا ومعنى الكراهة ان الاولى ان لا يفعله
ولو فعل استحق ضربا من اللوم فوجه الكراهة ان دليل البطلان راجح الا انه تقاعد
عن سلب الجواز فلا يتقاعد عن ايراث الكراهة يعني ان دليل بطلان القسمة راجح على دليل جوازها
لعدم تمام الاستيلا الا انه لم يثبت نفي الجواز بالاتفاق لان عند الشافعي يجوز مطلقا
وعندنا يجوز اذا احتاج الغزاة الى الثوب والدابة ونحو ذلك ويجوز ايضا اذا قسم الامام
عن اجتهاد فيثبت الكراهة لانه لا يلزم من نفي الجواز نفي الكراهة كما في سور الهرة لما انتفى
النجاسة لم ينتف الكراهة **قوله** قال والرد والمقاتل في العسكر سواء اي قال القدوري
في مختصره يعني ان الرد وهو العون والمقاتل وهو المباشر للقتال مع الكفار سواء في
استحقاق الغنيمة لاستوائهما في سبب الاستحقاق وهو مجاوزة الدرب بنية القتال عندنا
او شهود الوقعة عند الشافعي وفي كون السبب هذا او ذلك بحث ويجيء ان شاء الله تعالى
في فصل كيفية القسمة عند قوله ومن دخل راجلا فاشترى فرسا والوقعة صدمة الحرب
كذا في مجمل اللغة **قوله** واذا لحقهم المدد في دار الحرب قبل ان يخرجوا الغنيمة الى
دار الاسلام شاركوهم فيها وهذا لفظ القدوري اي شارك المدد العسكر في الغنيمة وانما
اسند الفعل الى ضمير الجماعة لان المدد يقع على الجماعة قال في شرح ابي نصر قال الشافعي
اذا لحقوا بعد تقضي الحرب وجمع الغنايم لم يشاركوهم واذا لحقوا بعد تقضي الحرب وقبل
احراز الغنايم ففيه قولان وهذا ابتنا على ما بينا قبل هذا في مسئلة قسمة الغنيمة في دار
الحرب قبل الاحراز بدار الاسلام لان الملك هل يثبت لهم ام لا فعندنا لا يثبت فلما كان
كذلك يشركهم المدد وعنده يثبت فلا يشركهم المدد لتمام الملك للغانمين قبل لحاق المدد
وعندنا لا يتم الاستيلا ولا يثبت الملك ولا ينقطع حق المدد عن الغنيمة الا باحد اشيا ثلاثة
وهي الاحراز بدار الاسلام والقسمة بدار الحرب قبل لحاق المدد وبيع الامام الغنيمة قبل
لحاق المدد لان بكل واحد منها يتقرر ملك الغزاة فلا يشركهم غيرهم **قوله** ولاحق

لا بل سوقي العسكر في الغنيمة الا ان يقاتلوا اي قال القدوري في مختصره قال في شرح ابي نصر
قال الشافعي في احد قوليه يسهم له وقوله الاخر مثل قولنا له ما روي في شرح الاثار عن عمر
رضي الله عنه انه قال ان الغنيمة لمن شهد الوقعة ولنا ان سبب استحقاق الغنيمة لم توجد فلا
يثبت الاستحقاق فلا يكون لهم حق في الغنيمة وهذا لان السبب اما مجاوزة الدرب بنية القتال
كما هو مذهبنا او شهود الوقعة بنية القتال كما هو مذهب الشافعي الا ترى ان الاجير
لسياسة الدواب لا يستحق اذا لم يقاتل بالاتفاق لان نية القتال لم يوجد فلما لم يعتبر السبب
الظاهر الذي اقيم مقام الامر الخفي وهو القتال اعتبر السبب الحقيقي وهو القتال فاذا
وجد القتال من التاجر استحق السهم بوجود السبب والا فلا لعدمه وانما قلنا ان القتال
امر خفي لان الامام لا يمكنه الوقوف على كل احد انه قاتل ام لا **قوله** وما رواه موقوف
على عمر رضي الله عنه يعني قوله الغنيمة لمن شهد الوقعة فاذا كان موقوفا عليه يكون ذلك
كلام الصحابي وتقليد الصحابي ليس بحجة عنده فكيف يحتج بما ليس بحجة عنده علينا على ان عند
بعض اصحابنا ايضا وهو الشيخ ابو الحسن الكرخي لا يجوز تقليده فيما يدرك بالقياس ولين
صح رفعه الى النبي عليه السلام او كان تقليده واجبا علينا على قول البردعي من اصحابنا فنقول
المراد منه شهود الوقعة بنية القتال بدليل ان الكافر اذا شهد الوقعة ولم يقاتل فلا
حق له فصار التاجر اذا لم يقاتل كالجبان بموضع الحرب وكالنظارة **قوله** ان يشهدها
اي ان يشهد الوقعة **قوله** وان لم يكن للامام حمولة يحمل عليها الغنايم قسمها بين الغانمين قسمة
ايداع ليحملوها الى دار الاسلام ثم يرتجعها منهم فيقسمها وهذا لفظ القدوري في مختصره اعلم ان
الغنيمة اذا كانت فيها فضل حمولة يحملها الامام عليها وان لم يكن يقسمها لانه اذا لم يقسمها احتاج
الى تركها في دار الحرب فيبطل حق الغانمين عنها ثم اذا قسمها قال بعض مشايخنا يكون ذلك قسمة
تمليك لان الامام اذا قسم عن اجتهاد يجوز وقد مر ذلك قبل هذا وقال بعضهم يكون قسمة حمل
اعني قسمها على الغزاة ليحملوها الى دار الاسلام لا ليتملكوها ويكون المحمول عند الحامل وديعة
يستردها الامام في دار الاسلام فيقسمها بينهم ثم هل يكرههم الامام على الحمل ام لا قال في السير
الكبير يكرههم على ذلك لكن باجارة وهو اختيار القدوري في مختصره لان فيه دفع الضرر العام
بالخاص ولان منفعته عايدة اليهم فله ان يفعل ذلك لحقهم فصار كما لو اضطروا الى تناول طعام
الغير حيث يتناولونها بالقيمة وقال في السير الصغير لا يكرههم عليه لعدم حل الانتفاع بمال الغير
الا بطيبة من نفسه فيكون هذا جبرا على الاجارة ابتدا فلا يجوز كما اذا نفقت دابة انسان في دار
الاسلام وكان مع اخر فضل دابة ليس له ان يحمل عليها باجر المثل بلا رضاه فكذا هنا والحمولة بفتح
الحا ما يحمل عليه من بعير او فرس او بغل او حمار **قوله** في المختصر اي في مختصر القدوري
قوله لا ابتدا اجارة احتراز عن اجارة في حالة البقا حيث يجوز الجبر فيه باتفاق الروايات
كمن استاجر سفينة شهرا فمضت المدة في وسط البحر فانه ينعقد عليها اجارة اخرى بغير رضا
المالك باجر المثل ذكره في المحيط **قوله** ولا يجوز بيع الغنايم قبل القسمة في دار الحرب هذا
لفظ القدوري في مختصره وذلك لان الملك في الغنيمة للغزاة لا يثبت قبل الاحراز بدار
الاسلام عندنا فلا يصح البيع فيما ليس بمملوك وهذا هو المراد بقوله وقد بينا الاصل ومع هذا
اذا باع الامام صح لانه مجتهد فيه ذكره في شرح الطحاوي فعلم من هذا ان المراد بقوله لا يجوز
بيع الغنايم الكراهة لا نفي ترتب الاحكام والكراهة ايضا فيما اذا باع لا لحاجة الغزاة واذا

باع لدفع حاجتهم فينبغي ان لا يكره لان مال اهل الحرب مباح وبالضرورة يستباح المحظور
فلان يستباح المباح اولى ولا كراهة مع الاباحة **قوله** ومن مات من الغانمين في دار الحرب
فلاحق له في الغنيمة ومن مات منهم بعد اخراجها الى دار الاسلام فنصيبه لورثته وهذا لفظ
القدوري في مختصره وعند الشافعي اذا مات بعد تقضي الحرب فحقه لورثته والاصل فيه
ما استقصيناه في مسئلة قسمة الغنيمة في دار الحرب وذلك لان الملك لما لم يثبت للغزاة قبل الاحراز
بدار الاسلام عندنا لم يثبت الارث لان الارث انتقال ملك المورث الى الوارث فاذا لم يكن
الارث لم يكن الملك وعنده كان الملك فكان الارث **قوله** وقد بيناه اي في مسئلة قسمة الغنيمة
في دار الحرب في بيان الوقفة **قوله** ولا باس بان يعلف العسكر في دار الحرب ويأكلوا ما وجدوه
من الطعام وهذا لفظ القدوري في مختصره اطلق الرواية ولم يقيدها بالحاجة وهي رواية
السير الكبير واختارها الكرخي في مختصره ولهذا قال ما دامت الغنيمة في دار الحرب لا بأس لكل
واحد من الجند تناول المأكول والمشروب والعلف غنيا كان او فقيرا وتبعه القدوري وقال
في السير الصغير واذا كان في الغنيمة طعام او علف فاحتاج اليه رجل يتناول منه قدر حاجته
وكذلك يتناول منه قدر حاجته وكذلك يتناول من سلاح الغنيمة ~~طعام~~ اذا احتاج اليه للقتال
ثم يرده اذا استغنى عنها ويكره له ذلك من غير حاجة الى هنا لفظ السير الصغير قال صاحب المحيط
هذا جواب القياس وما ذكره في السير الكبير جواب الاستحسان وجه رواية السير الصغير
ما روى الشيخ ابو جعفر الطحاوي في شرح الآثار مسندا الى عبد الله ابن ابي اوفى رضي الله عنه
قال كنا مع رسول الله عليه السلام بخيبر يأتي احدنا الى الطعام من الغنيمة فيأخذ منه حاجته
ولان الغنيمة مشتركة بين الغزاة فلا يحل تناول البعض دون البعض كما في الدابة والثوب
ووجه رواية السير الكبير ما روى البخاري في الصحيح باسناده الى ابن عمر رضي الله عنهما قال
كنا نصيب في مغازينا العسل والعنب فنأكله ولا نرفعه ولان نقل الطعام والعلف من دار الاسلام
الى دار الحرب متعذر فلو امر الغازي بالنقل لوقع في حرج وهو منتف بالنص ولو شرط
الشراء منهم لزم الحرج ايضا لان الكفار لا يبيعون من الغزاة تضييقا للامر عليهم فلا بد من
قوت النفس وعلف الدواب فيحل التناول دفعا للضرورة سواء كان غنيا او فقيرا فبقي
الطعام والعلف بعد الاستغنام على اصل الاباحة فصار كما قبل الاستغنام يقال علف
الدابة يعلف علفا من باب ضرب اذا اطعمها العلف قال ابن دريد لا يقال اعلفتها والدابة
معلوفة وعليف والعلف كل ما اعتلفته الدابة **قوله** قال اراد اي قال صاحب الهداية
اطلق القدوري بحكم المسئلة عن قيد الحاجة **قوله** وقد شرطها في رواية اي شرط الحاجة
في رواية السير الصغير **قوله** في الاخرى اي في الرواية الاخرى وهي رواية السير الكبير
قوله وعلف ظهره اي دابته قال في الغايتين الظهر الراحلة وقال في المغرب لفظ الظهر
مستعار للدابة والمبوخ الطعام **قوله** على اصل الاباحة وذلك لان الغنيمة في الاصل
مال الحربي وهو مباح في الاصل لا عصمة له فبقي الطعام والعلف على ذلك الاصل لعموم
الحاجة الغني والفقير **قوله** والدابة مثل السلاح يعني يعتبر فيها حقيقة الحاجة لانه
دليل الحاجة وهو كونه في دار الحرب فاذا استغنى عن ركوبها يردها الى المغنم **قوله**
والطعام كالخبز واللحم وما يستعمل فيه كالزيت والسمن يعني ان المراد من الطعام المذكور ما كان
يصلح للاكل كالخبز واللحم وما يستعمل في الخبز كالزيت والسمن والمهيا للاكل وغير المهيا له سوا

ولهذا

ولهذا كان لهم ان يبيحوا نعما ويأكلوها ذكره الكرخي لكنهم يردون الجلد الى المغنم قال الولوالجي
في فتاواه اذا ذبحوا البقر والغنم فاكلوا اللحم ردوا الجلد الى الغنيمة لان الحاجة الى الجلود
لم تقع لازمة وقال في كفاية البيهقي لم يجز للتجار ان يأخذوا من الطعام والعلف ويردون ان
اخذوا ولا ضمان ان استهلكوا لانه ترك على الاباحة في حق المجاهدين للحاجة واتباعهم كصبيانهم ونسائهم
الذين معهم فاما في حق غيرهم فلا **قوله** قال ويستعملوا الحطب اي قال القدوري في مختصره ويستعملوا
الحطب ويدهنوا بالدهن ويوقحوا به الدابة وفي بعض نسخ القدوري ويستعملوا الحطب ولبس
ذلك بصحيح لان القدوري نفسه قال في شرح مختصر الكرخي بعدم جواز الانتفاع بالطيب اما استعمال
الحطب فلتعذر النقل من دار الاسلام كما في العلف واما الادهان بالدهن فالمراد منه الدهن
المأكول كالزيت لانه لما كان مأكولا كان صرفه الى بدنه كصرفه الى اكله واذا لم يكن مأكولا
لا ينتفع به بل يرده الى الغنيمة كذا ذكره القدوري في شرحه **قوله** ويوقحوا به الدابة توقيح
الدابة تصليب حافرها بالشحم المذاب اذا حفي اي رق من كثرة المشي والراء خطأ كذا في المغرب وتصحيحه
الامام حافظ الدين الكبير غلط من بالراء التي بحج وهو المنقول عن المصنف قال هكذا قرانا على المشايخ
قال في الجمهرة رفح فلان عيشه ترفيحا اذا اصلحه وانشد يدرك ما رفح من عيشه نعت به هج هاج والهج من
الناس الذين لا نظام لهم وبه سمي البق همجا والهاج من كل شيء المتروك يموج بعضه في بعض **قوله**
ويقاتلوا بما يجدونه من السلاح لفظ القدوري معطوف على قوله بان يعلف العسكر قال الامام
الاسبيجابي في شرح الطحاوي ومن ركب فرسا او لبس ثوبا او رفع سلاحا قبل القسمة فلا باس به
اذا احتاج اليه فاذا فرغ من الحرب يرده الى الغنيمة ولو تلف قبل الرد فلا ضمان عليه وان لم يكن
له حاجة ولكن ركب ليصون فرسه ولبس ليصون ثيابه كره له ذلك ولا ضمان عليه اذا تلف
الى هنا لفظه رحمه الله **قوله** كل ذلك بلا قسمة هذا ايضا لفظ القدوري اي كل ما قلنا من علف الدابة
واكل طعام الغنيمة واستعمال الحطب والادهان بالدهن والقتال بسلاح الغنيمة قبل قسمها **قوله**
وقد بيناه اشارة الى قوله بخلاف السلاح لانه يستصحبه الى آخره **قوله** ولا يجوز ان يبيعوا
من ذلك شيئا ولا يتمولونه هذا لفظ القدوري في مختصره يعني اذا اخذ العسكر العلف لاجل
دوابهم واخذوا الطعام للاكل والحطب للاستعمال والدهن للادهان والسلاح للقتال
فلا يجوز ان يبيعوا شيئا من ذلك ولا يجوز تمولهم وهو صيانة ذلك وادخاره الى وقت الحاجة
لان البيع لا يكون الا بعد سابقة الملك ولا ملك للغزاة قبل الاحراز فلا يبيعون ولا يتمولون
لان اباحة الانتفاع لهم للحاجة وقد زالت الحاجة فلا تبقى الاباحة لان الاباحة اذا كانت لمعنى
زالت بزوال ذلك المعنى وصار كما اذا اباح طعامه لغيره لا يجوز له ان يبيع ويتمول وهو معنى قوله
كالمباح له الطعام وقوله ولا يتمولونه عطف على قوله ولا يجوز لا على قوله ان يبيعوا لان ذلك
عكس الغرض اي لا يبيعون ولا يتمولون فلو كان عطفا على ان يبيعوا كان معناه اثبات التمول لان
نفي النفي اثبات فافهم وفيه اشارة الى انهم لا يبيعون بالذهب او الفضة او العروض لانه في معنى
التمول ولا حاجة لهم الى ذلك فان باعوا ردوا الثمن الى الغنيمة لانه عوض عين مشترك بين الغانمين
واما الثياب والمتاع والدواب فقال في السير الصغير يكره الانتفاع بها قبل القسمة فان احتاجوا الى
ذلك قسمه الامام عليهم في دار الحرب وان لم يحتاجوا الى ذلك كره قسمة الغنيمة في دار الحرب وان احتاج
اليها خاصة يخاف على نفسه منها فلا باس بلبسها قبل القسمة ايضا هذا لفظ السير وهذا لان القسمة
في دار الحرب وان كانت تكره وهي استيلاء لان الحرم يستباح لدفع الضرورة فلان يستباح المكروه

اولى **قوله** وهذا لان حق المدد محتمل جواب سوال مقدر بان يقال كيف جازت القسمة وفيها قطع حق الغير وهو المدد لان المدد اذا لحقهم يشركهم فقال حق المدد محتمل وحق العسكر ولا اعتبار للاحتمال مع وجود اليقين فكان اليقين اولى بالرعاية **قوله** ولم يذكر القسمة في السلاح اي لم يذكر محمد في كتاب السير قسمة السلاح اذا احتاجوا الى ذلك ولا فرق بين السلاح وبين الثياب والمتاع والدواب في الحقيقة في جواز القسمة عند الحاجة لان المجوز للقسمة هو الحاجة وقد وجدت في الفصلين اعني في فصل السلاح وفصل الثياب والمتاع والدواب **قوله** فانه اذا احتاج واحد اي فان الشان اذا احتاج واحد من الغزاة يباح لذلك الواحد الانتفاع في الفصلين المذكورين واذا الكل يقسم فيهما جميعا **قوله** بخلاف ما اذا احتاجوا الى السبي حيث لا يقسم لانه من فضول الحوائج لا من اصولها قال في الشامل في قسم المبسوط لا يقسم السبي وان احتيج اليه قبل الاحراز لانه لا يقع حاجة الاحياء اليه ولا يبيعهم لانه لا يملكهم قبل الاحراز فان اطلقوا المشركين بعينهم لان في الارتكاب اعزازهم وهم اهل الصغار اي الذل فان لم يطيقوه وليس معه فضل حمولة ولم يطب نفس من معه فضل حمولة قتل الرجال وترك النساء والصبيان لان النبي عليه السلام قتل رجال بني قريظة ولم يقتل النساء والصبيان ولان الرجال اهل القتال فيقتلهم هذا لفظه وهل يكره من عنده فضل حمولة على الحمل فيه روايتان مر بيانه عند قوله وان لم يكن للامام فضل حمولة **قوله** قال ومن اسلم منهم اي قال القدوري في مختصره ومن اسلم منهم احرز باسلامه نفسه واولاده الصغار وكل مال هو في يده او وديعة في يد مسلم او ذمي الى هنا لفظه وهذه المسئلة على ثلاثة فصول احدها ان يسلم في دار الحرب ثم يخرج الينا والثاني ان يسلم ولا يخرج الينا فبعد ذلك اذا غلب المسلمون على دارهم فكل ما كان في يده من المنقولات من الثياب والدراهم والدنانير والعبيد والجواري فهو له لانه بالاسلام احرز نفسه وماله لقوله عليه السلام فاذا قالوها عصموا مني دماءهم واموالهم وقال محمد في السير الكبير حدثنا الثقة قال حدثنا ابن لهيعة قال حدثنا ابو الاسود عن عروة بن الزبير ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من اسلم على شيء فهو له الا اذا كان من العبيد من يقاتل فانه فيء ولانه لما قاتل خرج من يد مولاه فصار تابعا للدار واولاده الصغار لا يكونون فيئا لانهم صاروا مسلمين تبعا لابيهم فصاروا احرارا واولاده الكبار فيء لانهم على دين انفسهم فلا يكونون تبعا لابيهم وكذلك زوجته فيء لانها لا تعتبر مسلمة باسلام الزوج وكذلك الجنين فيء لان الجنين جزء من اجزائها فيتبعها في الرق وان كان يعتبر مسلما لان الولد يتبع خير الابوين دينا وامواله التي اودعها مسلما او ذميا هي له فلا يكون فيئا لانها محرزة بيد نائبه وهي يد صحيحة محترمة فقامت مقام يده فلو كانت الاموال في يده لا يكون فيئا فكذا هنا ولو كانت امواله بالغصب عند مسلم او ذمي او عند حربي بالغصب او بالوديعة يكون فيئا لان يد الغاصب ليست بصحيحة ويد الحربي ليست بمحترمة وعند ابي يوسف ومحمد لا يكون فيئا الا ما غصبه الحربي لقوله عليه السلام عصموا مني دماءهم واموالهم واليه ذهب الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير الا ان الحربي ملك المال بالغصب لان دار الحرب دار القهر والغلبة فلم يبق المال معصوما فصار فيئا واما العقار فانه يصير فيئا عندنا كذا ذكروا في شروح الجامع الصغير ولم يذكروا فيه خلافا بين اصحابنا وليس في الاصل ايضا ذكر الخلاف الا ان الفقيه ابا الليث قال في شرحه للجامع الصغير قال ابو يوسف في الامالي لا يصير فيئا وهو قول الشافعي بظاهر الخبر وذكر القدوري في شرحه والشيخ ابو نصر والبيهقي في كتابه

ان العقار

ان العقار فيء عند ابي حنيفة لان اليد على العقار لا يثبت عنده ثبوتا صحيحا واذا كان كذلك كان العقار تابعا للدار اي محفوظا بيد سلطانهم والتبع لا يفارق الاصل وعندهما لا يصير فيئا لان اليد تثبت على العقار ثبوتا صحيحا فكان كسائر الاموال وقال في شرح الطحاوي ما كان غير منقول فيء مثل الدار والعقار والزرع اذا كان غير محصود عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد المنقول وغير المنقول سواء والفصل الثالث ان يسلم الحربي بعدما دخل دار الاسلام ثم ظهر على دارهم فالجواب فيه ان كل ذلك فيء لان تباين الدارين قاطع للعصمة فاذا ثبت الاستيلاء على مال غير معصوم كان فيئا الا ترى الى قوله تعالى للفقراء المهاجرين الذين اخرجوا من ديارهم واموالهم سماهم فقراء مع انهم خلفوا اموالا في دار الحرب فدل على زوال ملكهم لان الفقير عديم الملك لا من هو بعيد عن الملك ولهذا كان ابن السبيل في كتاب الله غير الفقير وذكر الفقيه ابو الليث فيه خلاف الشافعي لظاهر الخبر المذكور فان قيل ينبغي ان لا يكون فيئا ما كان وديعة له عند مسلم او ذمي لان يد المودع كيد المودع فكان في يده تقديرا وان لم يكن حقيقة قلنا سلمنا ان يده كيده لكن حين خرج الينا وتباين الداران كان حربيا ومال الحربي غير معصوم ثم لما اسلم عندنا لم يثبت الاحراز لنا بين فلم يثبت يده على المال لا حقيقة ولا تقديرا وبدون الاحراز لا يثبت العصمة لان المال المعصوم هو المال الذي احرزه المسلم او الذمي ولم يوجد **قوله** معناه في دار الحرب يعني معنى قوله من اسلم منهم اي اسلم في دار الحرب لانه اذا اسلم في دار الاسلام يكون كل ماله في دار الحرب فيئا وقد مر آنفا **قوله** لان الاسلام ينافي ابتداء الاسترقاق احترز به عن الاسترقاق في بقاء لان الاسلام لا ينافيه وهذا لان الرق جزاء الكفر الاصلي فانهم لما استنكفوا ان يكونوا عبيد الله تعالى جازاهم الله بان يكونوا عبيد عبيده بخلاف الرق في حالة البقاء فانه صار من الامور الحكمية **قوله** واولاده الصغار بالنصب عطفا على قوله نفسه وكذا قوله وكل مال بالنصب ايضا عطفا على قوله نفسه والضمير في قوله سبقت يده الى من اسلم وفي اليه وعليه الى المال **قوله** في يد صحيحة احترازا عن يد الغاصب محترمة احترازا عن يد الحربي **قوله** فان ظهرنا على الدار فعقاره فيء يقال ظهرت عليه اذا غلبت عليه قال في المجمل العقار ضيعة الرجل **قوله** وقيل هذا قول ابي حنيفة وابي يوسف الاخر اي قول القدوري عقاره فيء قولهما وانما قال قيل لان في الظاهر عن اصحابنا لا خلاف فيه وقد مر بيانه **قوله** والمسلم محل للتملك جواب لقول الشافعي لان الحمل مسلم تبعا لابيه فلا يسترق بجعله فيئا فقال المسلم محل للتملك تبعا لغيره كما اذا تزوج المسلم امة الغير يكون الولد مسلما رقيقا بخلاف ما اذا كان الولد منفصلا عن الام حين اسلم ابوه الحربي حيث لم يجعل تبعا للام لانعدام الجزئية **قوله** ومن قاتل من عبيده فيء هذا لفظ الجامع الصغير وقد بيناه قال فخر الاسلام البزدوي يحتمل ان يكون هذا بالاتفاق عندنا كالعقار ويحتمل ان يكون مثل سائر المنقولات ثم قال والاول اصح قال في الاصل ومن قاتل من كبار عبيده فهو فيء قيد بالكبير ولم يقيد به في الجامع الصغير وكانه اراد بالكبار من لهم قدرة القتال فلا فرق اذن بين الروايتين لان من قاتل قادر على القتال صغيرا كان او كبيرا **قوله** وما كان غصبا في يد مسلم او ذمي فهو فيء عند ابي حنيفة وقال محمد لا يكون فيئا وفي بعض نسخ الهداية وقالا لا يكون فيئا وليس ذلك بصحيح بدليل قول صاحب الهداية كذا ذكر الاختلاف في السير

الكبير حيث لم يذكر فيه قول ابي يوسف وانما ذكر قول ابي يوسف في شروح الجامع الصغير
لكن مع محمد فعلم لهذا ان ما اثبت في بعض نسخ الهداية بقوله وذكروا في شروح الجامع
الصغير قول ابي يوسف مع قول ابي حنيفة ليس بصحيح ايضا لان قول ابي يوسف مع محمد
في شروح الجامع الصغير لا مع ابي حنيفة فاذا قلت دريت قوله وله انه مال مباح فيملك
بالاستيلا يعني ان المال الذي غصبه المسلم او الذمي من الحربي الذي اسلم مال مباح لانه ليس
معصوم لعدم الاحراز حقيقة وحكما اما حقيقة فظاهر واما حكما فلانه ليس في يد نائبه
لانه في يد الغاصب فلما لم يكن معصوما كان مباحا والمباح يملك بالاستيلا فكان فيئا للغزاة
قوله والنفس لم تصر معصومة بالاسلام جواب عن قولهما لان المال تابع للنفس
وقد صارت معصومة بالاسلام فيتبعها ماله فيها اي في العصمة فقال لا نسلم ان النفس
معصومة بالاسلام الا ترى انا اتفقنا ان العصمة المقومة لا تثبت الا بدار الاسلام ولهذا اذا
قتله مسلم عمدا او خطأ لا يجب القصاص ولا الدية عندنا خلافا للشافعي ولئن سلمنا انها
معصومة بالعصمة الموثمة فنقول لا يلزم من عصمة النفس عصمة المال لان المال خلق في
الاصل مباح التعرض والنفس خلقت محرم التعرض فافترقا وهذا لقوله تعالى خلق لكم ما في
الارض جميعا واللام للتمليك فلا يجوز ان يكون قابلا للاستيلا مملوكا مالكا وما لكا محرم التعرض
لكن في اباحة التعرض بالقتل لدفع الشر فاندفع الشر بالاسلام قوله لانه خلق عرضة
للامتهان قال في الجمهرة جعلت فلانا عرضة لكذا وكذا اي نصبته له والامتهان الابتذال
قوله واذا خرج المسلمون من دار الحرب لم يجز ان يعلفوا من الغنيمة ولا يأكلوا منها
وهنا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان اباحة التناول من العلف والطعام لمعنى الحاجة
فلما زال المعنى بعد الاخراج الى دار الاسلام ارتفعت الاباحة ولان حق المسلمين قد تأكد
وتقرر بدليل ان من مات في هذه الحالة يورث نصيبه فلما تأكد حق الغزاة لم يجز التناول
للبعض دون البعض وقوله ولا يأكلوا اي ولا ان يأكلوا يعني ولا يجوز ان يأكلوا وجاز ان
يكون بمعنى النهي ايضا قوله ومن فضل معه علف او طعام رده الى الغنيمة وهذا ايضا
لفظ القدوري قال صاحب الهداية معناه اذا لم تقسم اي معنى قوله رده الى الغنيمة فيما
اذا لم تقسم الغنيمة لانه اذا قسمت لا يتاتى الرد وسيجي بيانه الساعة ان شا الله تعالى قال
في وجيزهم ولو فضل منه شي بعد الدخول الى دار الاسلام مما له قيمة رد على المغنم وان
كان قليلا فوجهان هذا لفظه اعلم ان الغزاة نصرهم الله اذا خرجوا الى دار الاسلام
فكل من في يده شي من العلف او الطعام رده الى الغنيمة ان لم تقسم سوا كان غنيا او فقيرا لما
قلنا قبل هذا وان قسمت فالغني يتصدق بعينه او بقيمته ان كان انتفع به لانه تعذر الرد
على جماعة الغانمين فصار كاللقطة اذا لم يعرف صاحبها والفقير ينتفع به ان كان قائما
وان كان انتفع به فلا شي عليه لان القيمة اخذت حكم الاصل فللفقير ان ينتفع بالاصل
فكذا بالقيمة قوله لا تردد اعتبارا بالمتلصص كما اذا دخل الواحد او الاثنان دار الحرب
بلا اذن الامام بنية الاغارة فنالوا شيا فلا يكون ذلك مشتركا بين الغانمين لانه مباح
سبقت يده اليه ولا يخمس لانه ليس بغنيمة لفقدان الاخذ على سبيل القهر والغلبة فكذا هنا
وجوابه ظاهر لان المتلصص احق بالمأخوذ قبل الاحراز وبعده من سائر الغانمين وفي
المغتنم ليس الذي عنده فضل العلف والطعام بعد الاحراز بدار الاسلام باحق من سائر

الغانمين

الغانمين قوله ان كانوا محاويج قال في المغرب المحاويج المحتاجون يقال حاج يحوج حوجا
يعني احتاج والحائجة والحاجة والحوجا بمعنى واحد وعلى هذه اللغة قيل حوائج في جمع
حائجة كذا نقل ابن دريد عن الاصمعي والحاج جمع حاجة ولم يذكر المحاويج ابن دريد
وكانها جمع محوج اسم فاعل باشباع اليا لان احوج يجي لازما ومتعديا يقال احوج الرجل
اذا احتاج واحوجه اليه غيره قوله تصدق بثوابه اي بما فضل من العلف والطعام
يعني بعينه ان كان قائما قوله لتعذر الرد على الغانمين لانهم تفرقوا شعوبا قوله
لقيامه مقام الاصل واخذ حكمه اي ولاخذ حكم الاصل وبيانه انفا والله
اعلم

فصل في كيفية القسمة

لما فرغ عن احكام
الغنيمة شرع في كيفية قسمتها قال في الايضاح القسمة عبارة عن جمع النصيب الشائع
في مكان معين وقال بعض اهل الحساب تفريق احد العددين بقدر ما في العدد
الاخر من الاحاد يعني تفريق المال المقسوم على عدد احاد المقسوم عليه وهذا لا
يتاتى الا في الصحيح والصحيح ان يقال معرفة نصيب الواحد وقد عرف في موضعه
قوله قال ويقسم الامام الغنيمة فيخرج خمسها اي قال القدوري في مختصره وتمامه
فيه ويقسم اربعة الاخماس بين الغانمين والاصل فيه قوله تعالى واعلموا انما غنمتم
من شي فان لله خمسه بيانه ان الله تعالى اضاف الغنيمة الى الغانمين وهم الغزاة بقوله
غنمتم ثم اخرج منها الخمس بقوله فان لله خمسه فيكون اربعة الاخماس بعد اخراج
الخمس لهم ولان النبي عليه السلام قسم اربعة الاخماس بين الغانمين ولان اربعة
الاخماس للغانمين اجماعا فيقسم بينهم قوله استثنى سمى اخراج الخمس من الغنيمة استثنا
لوجود معنى الاستثنا وهو الاخراج قوله ثم للفارس سهمان وللراجل سهم عند ابي
حنيفة رضي الله عنه وقالا للفارس ثلاثة اسهم وهذا لفظ القدوري الا انه لم
يذكر في مختصره ثم قبل قوله للفارس وقول الشافعي كقولهما كذا في وجيزهم لهما
ما روي في السنن وغيره مسندا الى ابن عمر رضي الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه
وسلم اسهم لرجل ولفرسه ثلاثة اسهم سهما له وسهمين لفرسه ولانه روي ان رسول
الله صلى الله عليه وسلم قسم غنائم خيبر على ثمانية عشر سهما وكان الرجال الفا واربعمائة
والخيل مائتين فيكون لكل مائة من الرجل سهم ولكل مائة من الخيل سهمان ولان زيادة
استحقاق الفارس لزيادة غنائه على غناء الراجل وللراجل غناء ثبات الدفع وهذا يوجد في
الفارس ايضا وفي الفارس نوعا الغناء الكر والفر فيكون غناؤه ثلاثة امثال الراجل
فيستحق السهم على حسب ذلك ولابي حنيفة ما روي في السنن ايضا مسندا الى مجمع بن جارية
الانصاري رضي الله عنه ان رسول الله عليه السلام قسم خيبر على ثمانية عشر سهما وكان الجيش
الفا وخمسمائة فيهم ثلثمائة فارس فاعطى الفارس سهمين واعطى الراجل سهما وروى محمد
بن الحسن في المبسوط عن ابن عباس رضي الله عنه ان رسول الله عليه السلام قسم
للفارس سهمين وللراجل سهما يوم بدر قال المعتبر بن سليمان في كتابه لم يكن في اصحاب
بدر فارس غير الاثنين مصعب بن عمير والمقداد بن الاسود ولان الفرس تابع للراجل
فيبعد ان يزاد سهمه على سهم الراجل ولان المعتبر نفس الغناء لا زيادة الغناء الا ترى
ان الشاك السلاح والاعزل سوا في الاستحقاق ولان الفرس ليس بمستحق في نفسه بل

المستحسن منه ما كان لاجل الكر فكانا نوعا واحدا فكان غنا الفارس مثل غنا الراجل ولان
زيادة الغنا امر خفي فيعتبر السبب الظاهر وهذا لان الزيادة انما تعتبر عند المزاحمة
وفي تلك الحالة كل واحد مشغول بنفسه فلا يظهر الزيادة وسبب الغنا في الفارس
نفسه وفرسه فيعطى سهمين وفي الراجل نفسه فيعطى سهما والجواب عن سهام خيبر
فنقول المراد من الرجالة الرجال كما في قوله تعالى يأتوك رجالا ومن الخيل الفرسان
ومنه ما روي في الحديث يا خيل الله اركبي قوله بالغنا اي بالكفاية وهو بالفتح والمد قوله
للكر والفر والكر الرجوع بعد الفرار والفر الفرار قال امرؤ القيس مكر مفر مقبل مدبر
معا كجلمود صخر حطه السيل من عل قوله تعارضت روايتاه اي روايتا ابن عمر
رضي الله عنهما قال الكرخي في مختصره حدثنا الجوزي قال حدثنا حسن الزعفراني قال
حدثنا ابو معوية قال حدثنا عبيد الله عن نافع عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه
وسلم اسهم للرجل ولفرسه ثلاثة اسهم سهما له وسهمين لفرسه وحدثنا الهروي
قال حدثنا محمد قال حدثنا المعلى عن محمد بن الحسن عن عبيد الله بن عمر عن نافع عن
ابن عمر ان النبي عليه السلام قسم للفارس سهمين وللراجل سهما قال محمد بن شجاع فهذا
خلاف ذلك لانه اذا قسم للفارس سهمين جعل سهما له وسهما لفرسه قوله فترجح
روايته غيره اي سلم رواية ابن عباس عن المعارض فيعمل بها ولان الكر والفر من جنس واحد
مرتبانه انما قوله فكان استحقاقه على ضعفه اي استحقاق الفارس على ضعف
استحقاق الراجل قوله ولا يسهم الا لفرس واحد وقال ابو يوسف يسهم لفرسين
ولم يذكر القدوري في مختصره خلاف ابي يوسف ولهذا قال في شرح الاقطع وهذا
الذي ذكره قول ابي حنيفة وزفر ومحمد والحسن ثم قال وقال ابو يوسف يسهم لفرسين
وقال ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي وروى اصحاب الاملاء عن ابي يوسف
انه يسهم لفرسين ولا يسهم لاكثر منهما وقال في شرح الطحاوي ولا يسهم الا لفرس واحد
في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه قال يسهم لفرسين فيعطى خمسة اسهم سهم
له واربعة اسهم لفرسيه وقال الشافعي لو احضر فرسين لم يعط الا لاحدهما كذا في
وجيزهم وجه ما روي عن ابي يوسف ان النبي عليه السلام اسهم للزبير ابن العوام يوم
خيبر خمسة اسهم وكان قاد فرسين ولان الغازي قد يحتاج الى فرسين بان يركب هذا
اذا اعيى الاخر او مرض او مات فيعتبر الفرسان جميعا ولان اصل السبب الارهاب قال
تعالى ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله فيحصل بزيادة الفرس زيادة ارهاب
بتكثير سواد الجيش مع زيادة الغنا ووجه الظاهر ما روي عن النبي عليه السلام انه
قال للفارس سهمان وللراجل سهم بيانه انه عليه السلام جعل للفارس سهمين مطلقا
مع ان الجيش لا يخلوا ممن قاد اكثر من فرس فعلم انه لا يعطى لاكثر من فرس ولهذا لا
يسهم لثلاثة افراس بالاجماع ولان ما زاد على الواحد فضله في الباب فكان الثاني كالثالث
فلا يسهم للثاني ولان سبب الامر معتبر بماله وعاقبته لان الارهاب لا يكون الا من
عاقبة القتال ثم القتال لا يتحقق الا على فرس واحد لا على فرسين فاذا كان كذلك لم
يتحقق زيادة الارهاب بزيادة الفرس فلا يسهم الا لفرس وزيادة الغنا لا يلتفت اليها
بفرسين لما مر انها امر خفي كما لا يلتفت اليها بثلاثة افراس او بزيادة سلاح وما روي يحتمل

هذا

٩٨

هذا فهو محمول على التنفيل تحريضا على القتال الا ترى ان رسول الله عليه السلام اسهم
لسلمة ابن الاكوع سهمين في غزوة ذي قرد قال مسلم في حديث طويل في صحيحه قال رسول
الله صلى الله عليه وسلم خير فرساننا اليوم ابو قتادة وخير رجالتنا سلمة قال سلمة ثم
اعطاني رسول الله صلى الله عليه وسلم سهمين سهم الراجل وسهم الفارس فجمعهما لي جميعا
وكان راجلا وكان ذلك بسبب التنفيل لا لنصب الشرع فقد قيل ان سلمة كان بعد ومع الفرس
وقال عليه السلام خير رجالتنا سلمة قال القتبي سلمة من الرماة المذكورين اما الجواب عن
حديث زبير فنقول اعطاه رسول الله عليه السلام سهمين له بفرسه وسهما اخر
بقرابته وسهما اخر بالتنفيل وسهما اخر لامه بالقرابة وام زبير صفية بنت عبد المطلب
عمة رسول الله عليه السلام قوله ولان الواحد قد يعيى فيحتاج الى الاخر اي لان
الفرس الواحد قد يعيى فيحتاج الغازي الى الفرس الاخر قوله فلم يسهم له رسول الله
الا لفرس اي لم يعطه سهما قال ابن شاهين البراء بن اوس بن خالد بن الجعد بن عوف
بن مبذول شهد احدا وهو زوج المراة التي ارضعت ابراهيم بن رسول الله واسمها
خولة بنت المنذر بن زيد بن لبيد بن خداش بن عامر بن غنم بن عدي بن النجار وفي صحة
حديث البراء نظر قوله فلا يكون السبب الظاهر مفضيا الى القتال عليهما يعني لما كان
لا يتحقق القتال على الفرسين دفعة لا يكون السبب الظاهر وهو مجاوزة الدرب
مفضيا الى القتال على الفرسين من بيان ذلك قوله وما رواه اي الذي رواه ابو
يوسف وهذا اشارة الى قوله لما روي ان النبي عليه السلام اسهم لفرسين قوله والبراذين والعتاق
سواء وهذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه ولا يسهم لراحلة ولا بغل ولم يذكره صاحب
الهداية قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي وبنوي العربي والبخت والبرذون والهجين
وغيرهما مما يقع عليه اسم الخيل فاما من كان له جمل او بغل او حمار فهو والراجل سواء هذا لفظه
وقال في شرح الاقطع ومن الناس من قال لا يسهم للبراذين والاصل فيه قوله تعالى واعدوا
لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله ولهذا لان اسم الخيل يقع على كل
انواع الخيل من العربي والتركي وغير ذلك فكان الجميع سواء ولان العربي والبرذون يختص كل
منهما بمنفعة ليست في الاخر فكانا سواء لان العربي اصلح للطلب والهرب والبرذون اصلح على حمل
السلاح واصبر واكثر انعطافا وانقيادا في القتال وانما لم يسهم لراحلة ولا بغل لعدم ورود
النص بذلك كان يكون في غزوات النبي عليه السلام مع اصحابه الجمال والحمير والبغال ولا يسهم
بشيء منها ولو اسهم لظهر نقله لانها كانت اكثر من الافراس والبراذين جمع البرذون وهو الكودن
وجمعه كوادن وهي خيل العجم وخلافها العراب قال في الجمل برذن الرجل برذنة اذا ثقل
واشتقاق البرذون منه يقال فرس عتيق اي كريم وجمعه عتاق قال في الجمهرة الهجنة غلظ
الخلق في الخيل كغلظ البراذين الذكر والانثى فيه سواء وقال فيها ايضا فرس مقرف خلاف العتيق
وقال فيها ايضا الهجين من الناس الذي امه امة وقيل الهجين ما يكون ابوه من الكوادن وامه من
العربي والمقرف ما يكون ابوه عربيا وامه من الكوادن وهذا ليس بصحيح الا ترى الى ما قال في
الفايق الاقراف ان يكون الام عربية والفحل هجينا وانشد قال تنتج مهرا كريما الا ترى الى ما قال
في الفايق الاقراف ان يكون الام عربية والفحل هجينا وانشد قال تنتج مهرا كريما فبالحري
وان يك اقراف فمن قبل الفحل قوله والبن عطفا بردوي بفتح العين وكسرها يقال عطفت

التي اعطفه عطفا اذا ثنيته ورددته عن جهته والعطف الناحية من الاحشاء والدواب وتعوج الرجل في عطفيه اذا انثنى عنه ويسرة كذا في الجمهرة قوله فاستو با اي البرذون من والعتيق قوله ومن دخل دار الحرب فارسا فنفق فرسه استحق سهم الفرسان ومن دخل راجلا فاشترى فرسا استحق سهم راجل وهذا لفظ القدوري في مختصره اعلم انك لما عرفت كمية سهم الفارس والراجل فاعرف الان ان كونه فارسا او راجلا يعتبر عندنا يعتبر عند مجاوزة الدرب بنية القتال حتى لو نفق فرسه بعد المجاوزة اي هلك فقاتل راجلا فله سهم فارس الا اذا باع فرسه او وهبه وسلم او اجر او اعار سقط سهم فرسه في ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفة ان له سهم فارس ولو اشترى مكانه فرسا اخر فله سهم الفرسان ولو جاوزه راجلا ثم اشترى فرسا او وهب له او ورث او استعار او استاجر فقاتل فارسا فله سهم راجل وفي رواية الحسن له سهم فارس كذا في التحفة وغيرها قال الحاكم الشهيد في الكافي وسواء ان قاتل صاحب الفرس الذي دخل به دار الحرب فارسا او راجلا في سفينة او غيرها فله سهم فارس وعند الشافعي يعتبر كونه فارسا او راجلا عند شهود الوقعة وفي رواية عنه عند تقضي الحرب وهو تمام القتال له ان سبب استحقاق الغنيمة هو القتال والاستيلاء وشهود الوقعة سبب قريب الى القتال فيعتبر حال شهود الوقعة لكونه اقرب فلم يعتبر المجاوزة لكونها سببا بعيدا الى القتال كالخروج من البيت ولهذا اذا باع فرسه بعد المجاوزة قبل شهود الوقعة لا يستحق سهم الفارس بالاجماع ولو باع بعد شهود الوقعة فله سهم فارس فعلم ان المعتبر في الباب هو شهود الوقعة لا المجاوزة ولنا ان سبب الاستحقاق هو الاستيلاء بازالة اليد المانعة واغا يتحقق ذلك بالقهر والقتال فكان السبب هو القتال في الحقيقة الا ان الوقوف على حقيقة القتال متعذر او متعسر لان الامام لا يمكنه ان يراقب بنفسه حال كل احد انه قاتل ام لم يقاتل وكذا نائبه بان يوكل عدلا يثق بقوله يخبره من قاتل ومن لم يقاتل لان في اقامة العدل على كل احد حرجا عظيما ولا يعتبر اخبار كل واحد من الجند ايضا ان صاحبه قاتل لانه متهم فيه لجر النفع فلما لم يوقف على حقيقة القتال للتعذر او التعسر اقيم السبب الظاهر وهو مجاوزة الدرب على هيئة القتال مقام القتال كما اقيم السفر مقام المشقة والنوم مقام الحدث والنكاح مقام الوطي في حرمة المصاهرة فكان المعتبر حال المجاوزة لا حال القتال فكما لم يعتبر حال القتال لم يعتبر حال شهود الوقعة ايضا لانه لما تعذر الوقوف على القتال او تعسر لما قلنا تعذر وتعسر شهود الوقعة لانه حال التقاء الصفين والاشتغال بالحرب فلم يلتفت الى كونه سببا قريبا لهذا المعنى بخلاف مجاوزة الدرب حيث ترتب الحكم عليها لانها حال عرض الجيش وكتبة اساميهم في الدواوين فيبنى الحكم عليها لتيسر الوقوف ولان مجاورة الدرب بنية القتال تحصل بها ارهاب الكفار وغيظهم كالقتال لانهم يستخبرون حال المجاوزين كم فرسانهم وكم رجالهم والاصل في الباب ارهاب الكفار وغيظهم وقهرهم قال تعالى ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وقال تعالى ولا يطؤن موطئا يغيظ الكفار وقد حصل ذلك بمجاوزة الدرب لا بنفس القتال ولهذا اثبتنا الشركة للردء المباشر في الغنيمة لحصول الارهاب بالكل فبعد ذلك حالة الدوام لا يشترط كونه فارسا فيها لانه قد يحتاج الى الترجل في بعض المضايق كالمستحق وباب الحصن والحرب في السفينة بخلاف ما اذا باع الفرس بعد المجاوزة لانه ظهر ان غرضه كان التجارة لا الحرب الا انه كان ينتظر غلاء السعر فلما غلا باع وليس كذلك البيع يوم القتال

لانه زمان مخاطرة الروح والروح فوق المال فلم يدل البيع على قصد التجارة وقت المجاوزة بل دل على تحقيق القتال حيث راى البيع اصلح للقتال كي يحصل له التهيو في بعض المضايق بفراغ البال قال قلت يرد عليكم هنا سوالان احدهما ان استحقاق الشيء بلا وجوده محال والمستحق وهو الغنيمة حال المجاوزة معدوم فكيف يثبت الاستحقاق والثاني ان السبب انما يقام مقام العلة اذا تصورت العلة واذا لم تتصور فلا وهنا لا تتصور العلة وهو القتال حال المجاوزة لان القتال بدون شهود الوقعة محال قلت ليس المراد من الاستحقاق ثبوت الملك في الغنيمة او ثبوت الحق فيها للغزاة في الحال بل المراد به كون الشخص اخص بالغنيمة من غيره اذا وجدت على ان هذا السوال يرد على الخصم ايضا لانه لا غنيمة عند شهود الوقعة ايضا فعلى هذا التفسير لا حاجة للاستحقاق الى اشتراط وجود الغنيمة في الحال والجواب عن الثاني ان القتال بشهود الوقعة والتقاء الصفين عند المجاوزة متصور الا انه ليس بثابت وشرط اقامة الشيء مقام غيره ان لا يكون ذلك الغير ثابتا في الحال لانه اذا كان ثابتا كيف يقام شيء اخر مقامه قال قلت ما ذكرتم تعليل في معارضة اثر الصحابي وهو قول عمر رضي الله عنه ان الغنيمة لمن شهد الوقعة قلت هذا لا يرد علينا لان الشافعي لا يرى تقليد الصحابي حجة فكيف يحتج به علينا وعلى مذهب الكرخي من اصحابنا كذلك فيما يدرك بالقياس وقدمر ذلك عند قوله ولا حق لاهل سوق العسكر في الغنيمة او نقول فيه بيان ان الغنيمة لمن شهد الوقعة وليس فيه بيان سبب الاستحقاق ولا يلزم المعارضة والباقي يعرف في طريقة الخلاف ان شاء الله تعالى قوله وهكذا روى ابن المبارك عن ابي حنيفة في الفصل الثاني يعني اذا دخل دار الحرب راجلا فاشترى فرسا فقاتل فارسا استحق سهم الفرسان عند ابي حنيفة ايضا على رواية ابن المبارك عنه وليس ذلك بظاهر الرواية عنه قوله حالة المجاوزة اي مجاوزة الدرب الا انه اطلق لشهرة المسئلة عند الفقهاء والناظرين قال الخليل الدرب الباب الواسع على السكة وعلى كل مدخل من مداخل الروم درب من دروبها كذا في المغرب وقال في الجمهرة الدرب الباب عربي معروف وقال في ديوان الادب الدرب المضيق من مضايق الروم وكذلك ما اشبهه والمراد فيما نحن فيه البرزخ الذي بين دار الاسلام ودار الحرب فاذا جاوز الغازي دخل الحرب واذا جاوز الكافر دخل دار الاسلام قوله فيعتبر حال الشخص عنده اي حال الغازي عند القتال قوله والمجاوزة وسيلة الى السبب كالخروج من البيت يعني ان عند الخروج من البيت لا يعتبر حال الغازي من كونه فارسا او راجلا فكذا لا يعتبر عند المجاوزة والجامع كون كل واحد منهما وسيلة الى السبب وهو القتال قوله وتعلق الاحكام بالقتال يدل على امكان الوقوف عليه هذا جواب بطريق المنع لما يقال من جهة اصحابنا ان القتال امر خفي لا يوقف عليه فيقام السبب الظاهر وهو المجاوزة مقامه فقال لا نسلم انه لا يوقف عليه الا ترى ان الاحكام تعلقت به فلو لم يوقف عليه لم يتعلق به ولهذا يرضخ الصبي او العبد او الذمي او المراة اذا قاتل والا فلا قوله ولو تعذر او تعسر تعلق بشهود الوقعة لانه اقرب هذا جواب بطريق التسليم بان يقول الشافعي سلمنا ان الوقوف على القتال متعذر او متعسر لكن اقيم شهود الوقعة مقامه لانه اقرب الى القتال من المجاوزة فتعلق كونه فارسا او راجلا بشهود الوقعة وجوابه من وجهين احدهما ان الوقعة صدمة

الحرب **قوله** ولا معتبر بها اي بحالة الدوام يعني بالاجماع الاترى ان الشافعي يعتبر
شهود الوقعة بحسب لا القتال **قوله** وكذا اعلى شهود الوقعة اي الوقوف يتحسر عليه
ايضا وقد مر بيانه **قوله** ولو دخل فارسا وقاتل راجلا لضيق المكان يستحق سهم الفرسان
بالاتفاق اي باتفاق بيننا وبين الشافعي هذه المسئلة مع ما يليها الى قوله ولا يسهم لمملوك
تفريع لمسئلة القدوري **قوله** ولو دخل فارسا ثم باع فرسه او وهب او اجر او رهن
في رواية الحسن عن ابي حنيفة يستحق سهم الفرسان اعتبارا للمجاوزة قال قلت
كيف يعتبر الحسن المجاوزة وقد روينا عنه عن ابي حنيفة ان الغازي اذا دخل الدرب
راجلا ثم اشترى فرسا فقاتل فارسا فله سهم فارس اليس هذا يعتبرا فضمنه قلت
لا فانه يعتبر حال المجاوزة بناء على الظاهر و يعتبر حال شهود الوقعة لاجل حقيقة القتال
وبه صرح في التحفة **قوله** وفي ظاهر الرواية يستحق سهم الرجالة اي فيما اذا وجد بيع
الفرس ونحوه بعد المجاوزة وهي رواية السير الكبير **قوله** ولو باعه بعد الفراغ لم
يسقط سهم الفرسان اي بعد الفراغ من القتال وهذا بالاتفاق **قوله** وكذا اذا باع في
حالة القتال عند البعض اي لا يسقط ايضا سهم الفرسان عند بعض المشايخ لان بيعه عند
زمان مخاطرة الروح دل على انه انما باعه لراي راه في الحرب لا لتحصيل المال لان الروح
فوق المال وهذا هو الصحيح عندي وقال صاحب الهداية والاصح انه يسقط وحمل
امره على انه اراد التجارة وانتظر العزة وفيه نظر لان الانسان العاقل في مثل تلك الحالة
لا يختار المال على روحه **قوله** عزته اي عزة الفرس **قوله** ولا يسهم لمملوك ولا امراة
ولا صبي ولا ذمي ولكن يرضخ لهم على حسب ما يرى الامام وهذا لفظ القدوري في مختصره
اعلم ان المملوك او الصبي او الذمي انما يرضخ لهم اذا وجد منهم القتال والا فلا لكن يرضخ لهم
ولا يسهم لهم انحطاطا لمرتبة التبع عن المتبوع وهذا لان العبد تبع للحر والصبي تبع للبالغ
والذمي تبع للمسلم ولهذا لا يمكن اهل الذمة من نصب الراية لانفسهم بخلاف المراة اذا
كانت تقوم بمصالح الغزاة وتداوي الجرحى فانها يرضخ لها وان لم يوجد منها حقيقة
القتال لانها عاجزة عنها لضعف بنيتها فاقيم مساعدتها للغزاة مقام القتال لكن يرضخ لها
ولا يسهم انحطاطا لمرتبتها لانها تبع للرجل وعلى هذا القياس كان ينبغي ان لا يسهم للفرس لانه
تبع للرجل الا انا تركنا القياس بالنص بخلاف ما اذا كانت المراة في خدمة زوجها او
العبد في خدمة مولاه ولا يقاتل حيث لا يرضخ لهما وقد روي عن ابي هريرة رضي الله عنه
عن النبي عليه السلام انه كان لا يسهم للعبيد والنساء والصبيان ويرضخ ولا يعتبر في خاطرك
ان العبد اذا قاتل باذن المولى يسهم له لان الرواية محفوظة عن اصحابنا ان العبد
يرضخ له اذا كان ماذونا له الاترى الى ما ذكره الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي
بقوله وان كان فيهم نساء يداوين الجرحى ويقمن بمصالح المرضى والمقاتلة والغزاة او فيهم
عبيد يقاتلون مع الغزاة باذن مواليهم او فيهم اهل الذمة حضروا باذن الامام
وقاتلوا مع المسلمين فان الامام يرضخ ولا يبلغ لرجالتهم سهم الرجالة ولا لفارسهم سهم
الفرسان وكذلك حكم الغلام المراهق الذي لم يبلغ والمعتوه اذا قاتلا يرضخ لهما الى
هنا لفظه فان قلت السوقي من اهل سوق العسكر
والاجير لخدمة الغازي لا يسهم لهما اذا لم يقاتلا كالعبد ثم اذا قاتلا يسهم لهما كما يسهم

لسائر الغزاة والعبد اذا قاتل لا يسهم له بل يرضخ فما الفرق قلت
الفرق ان العبد تبع فانحط رتبته بخلاف فيما حين القتال لانه لا تبعية حينئذ بل هما كسائر
الغزاة ولهذا اسقط اجرة زمان القتال مع العدو عن المستاجر **قوله** يرضخ
لهم قال في الجمهرة رضخ فلان لفلان من ماله اذا اعطاه قليلا من كثير والاسم الرضيخة
قوله ولهذا لم يلحقهما منه اي ولاجل ان المراة والصبي عاجزان عن الجهاد لم
يلحق المراة والصبي فرض الجهاد **قوله** وله منعه اي وللمولى منع العبد عن الجهاد
لانه فرض كفاية الا اذا هجم العدو فليس له منعه لانه صار فرض عين **قوله**
لقيام الرق وتوهم عجزه يعني ان الرق قائم في المكاتب مع توهم عجزه عن اداء بدل الكتابة
فكان للمولى منعه عن الجهاد فصار كالعبد القن **قوله** بخلاف العبد يرتبط بقوله لانها
عاجزة الى اخره يعني ان المراة لما كانت عاجزة عن حقيقة القتال اقيم مداواتها الجرحى
وقيامها على المرضى مقام القتال فرضخ لها بلا قتال والعبد لما كان قادرا على حقيقة القتال
لم يقم مساعدته وخدمته مولاه الغازي مقام القتال حتى لم يرضخ له اذا لم يوجد منه
القتال فان قلت كيف يصح قوله انها عاجزة
عن حقيقة القتال واما انها يصح والامان لا يصح الا ممن يخاف منه القتال ولا قتال
بدون القدرة عليه قلت الامان يثبت بالشبهة
ولهذا يثبت بالاشارة فلم يدل ثبوت الامان على ثبوت حقيقة القتال وشبهة القتال
يتحقق منها بمساعدتها الغزاة بنفسها ومالها وعبيدها فصح امانها لذلك ولم يتوقف
على حقيقة القتال فلم يرد السوال **قوله** ولا يبلغ به السهم اي لا يبلغ برضخ الذمي السهم
اذا قاتل لا سهم الراجل ان كان راجلا ولا سهم الفارس ان كان فارسا لان القتال جهاد
والذمي تبع للمسلمين في الجهاد فلا يستوي بينه وبين المسلم وقوله السهم بالرفع كما في قولك
بلغ يعطيك خمسماية بالرفع ولو قلت خمسماية بالنصب خرجت عن كلام العرب وقد عرف
في المفصل **قوله** والاول ليس من عمله اي من عمل الجهاد والمراد بالاول الدلالة على
الطريق فلما لم يكن دلالة الطريق من عمل الجهاد كانت كسائر الاعمال فجاز ان يعطى الذمي
في اجرة دلالته زيادة على السهم اي قدر بلغت **قوله** واما الخمس فيقسم على ثلاثة
اسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل يدخل فقراء ذوي القربى فيهم ويقدمون
ولا يدفع الى اغنيائهم هذا لفظ القدوري في مختصره هذا هو المشهور عن ابي حنيفة وابي
يوسف ومحمد انه يقسم على ثلاثة اصناف وهم اليتامى والمساكين وابن السبيل وقال
ابو جعفر الطحاوي في مختصره وقد روى اصحاب الاملاء عن ابي يوسف عن ابي حنيفة
انه يقسم في ذوي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل والاصل هنا قوله تعالى
واعلموا انما غنمتم من شيء فان لله خمسه وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن
السبيل اعلم ان اختلاف العلماء في هذه الاية قد كثر فعندنا يقسم الخمس على ثلاثة اسهم
سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل فذكر الله تعالى لافتتاح الكلام بسبيل التبرك
لان الاشياء كلها لله تعالى وسهم النبي عليه السلام ساقط بموته كسقوط الصفي لان الانبياء
لا يورثون الاترى الى ما حدث صاحب السنن باسناده الى عروة بن الزبير عن عائشة
زوج النبي عليه السلام انها اخبرته ان فاطمة بنت رسول الله عليه السلام ارسلت الى ابي

بكر الصديق تسأله ميراثها من رسول الله صلى الله عليه وسلم مما افاء الله عليه بالمدينة
وفدك وما بقي من خمس خيبر فقال ابو بكر ان رسول الله قال لا نورث ما تركنا صدقة انما
ياكل آل رسول الله من هذا المال واني والله لا اغير شيئا من صدقة رسول الله عن
حالها التي كانت عليه في عهد رسول الله عليه السلام فلاعملن فيها بما عمل به رسول الله
صلى الله عليه وسلم فابى ابو بكر ان يدفع الى فاطمة منها شيئا وسهم ذوي القربى ساقط
لكن فقراهم يدخلون في الاصناف الثلاثة فيقدمون في سهم المساكين ويتيمهم في سهم اليتامى
وابن السبيل منهم يدخل في سهم ابن السبيل وعند الشافعي يقسم على خمسة اسهم سهم النبي
يصرف الى مصالح المسلمين نحو سد الثغور وعمارة القناطر وارزاق القضاة وسهم
ذوي القربى يصرف الى اقارب رسول الله عليه السلام كبني هاشم وبني المطلب دون
غيرهم من بني عبد شمس وبني نوفل ويشترك فيه الغني والفقير للذكر مثل حظ الانثيين
واليه ذهب احمد بن حنبل والباقي كقولنا وعند مالك الامر مفوض الى الامام ان شاء
قسم بينهم وان شاء اعطى بعضهم دون بعض وان شاء اعطى غيرهم ان كان امر غيرهم اهم
من امرهم وعند ابي العالية سهم الله يصرف الى مصالح الكعبة او الى عمارة الجامع
ان كانت الكعبة بعيدة من موضع القسمة وقال في الكشاف وعن الحسن في سهم رسول
الله عليه السلام انه لولي الامر من بعده وحاصل الخلاف بيننا وبين الشافعي ان
الغني الهاشمي هل يستحق السهم من الخمس ام لا له ان سهم ذوي القربى كان ثابتا في حياة
النبي عليه السلام فيكون ثابتا بعده كما كان لانه لا نسخ بعده ثم لا فصل في الاية بين الغني
والفقير فيشتركان ولنا ان المراد من القربى قرب النصرة لا قرب القرابة وكان يعطي
رسول الله عليه السلام لذوي القربى لنصرتهم لا لفقرهم من جهة النسب فذهب الحكم
بذهاب العلة يدل على هذا ما روى صاحب السنن وغيره مسندا الى سعيد بن المسيب
قال اخبرني جبير بن مطعم قال فلما كان يوم خيبر وضع رسول الله عليه السلام سهم
ذوي القربى في بني هاشم وبني المطلب وترك بني نوفل وبني عبد شمس فانطلقت انا وعثمان
بن عفان حتى اتينا النبي عليه السلام فقلنا يا رسول الله هؤلاء بنو هاشم لا ننكر فضلهم
للموضع الذي وضعك الله به فيهم فما بال اخواننا بني المطلب اعطيتهم وتركتنا وقرابتنا
واحدة فقال رسول الله انا وبنو المطلب لا نفترق في جاهلية ولا اسلام وانما نحن وهم
شيء واحد وشبك بين اصابعه واشار الى نصرتهم ثم اعلم ان في سهم ذوي القربى اختلافا
بين اصحابنا من قال انهم كانوا يستحقون بالمعنيين بالنصرة والقرابة جميعا واستدلوا
على ذلك بحديث عثمان وجبير حيث قال لهما رسول الله ان بني المطلب لم يفارقونا في جاهلية
ولا اسلام واخبر انهم استحقوا بالنصرة والقرابة جميعا فما لم يجتمعا لم يستحقوه فمن
جاء بعد ذلك من القرابة فقد عدمت منه النصرة فحينئذ انما يستحقه بالفقر دون غيره
ولا حق للاغنياء فيه وقال اخرون من اصحابنا ان سهم ذوي القربى في الاصل لم يجب الا
للفقراء منهم ولم يكن مستحقا باسم القرابة دون الفقر والدليل على ذلك اي النبي عليه
السلام اعطى بني المطلب ولم يعط بني عبد شمس ولا بني نوفل وهما جميعا في محل واحد
من القرابة ولو كان مستحقا للقرب لاستحقه الجميع لتساويهم فيه ومن الدليل عليه ايضا
ان الخلفاء الراشدين وهم الخلفاء الاربعة لم يعطوا سهم ذوي القربى اغنياهم وانما

اعطوه

اعطوه الفقراء كذا ذكر ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي وقد احتج محمد رحمه
الله باجماع الصحابة فقال كان الخمس يقسم على عهد رسول الله عليه السلام على خمسة نحو
قسمة ابو بكر وعمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم على ثلاثة اسهم لليتامى والمساكين وابناء السبيل
ولا يعدل عن الاجماع سيما اجماع الخلفاء الراشدين من غير انكار احد على ذلك يدل على
هذا ما حدث الطحاوي في شرح الاثار عن محمد بن خزيمة عن يوسف بن عدي عن عبد الله
بن المبارك عن بن اسحاق قال سالت ابا جعفر يعني محمد بن علي فقلت ارايت علي بن ابي طالب
حيث ولي العراق وما ولي من امر الناس كيف صنع في سهم ذوي القربى فقال سلك به
والله سبيل ابي بكر وعمر فقلت وكيف وانتم تقولون ما تقولون فقال اما والله ما كان اهله
يصدرون الا عن رايه فقلت فما منعه قال كره والله ان يدعى عليه خلاف ابي بكر وعمر فعلم
بهذا ان عليا رضي الله عنه اجرى سهم ذوي القربى كما اجرى ابو بكر وعمر لانه رواه
عدلا وصوابا ولو كان رايه خلاف رايهما لرده الى ما راى وعلم بهذا ان ما يروى عن ابن
عباس انه كان يرى سهم ذوي القربى قائما ليس بصحيح ولئن صح فنقول المراد منه سهم ذوي
الحاجات منهم ونحن نقول بذلك ايضا حيث نقدمهم على سائر الفقراء الا ان سائر الفقراء
لهم حق في الصدقة ولا حق لفقراء ذوي القربى الا في الخمس قال قلت
لا نسلم ان المراد قربى النصرة فلو كان كذلك لم يثبت الاستحقاق للنساء والذراري لعدم
النصرة منهم قلت المراد منه نصرة الاجتماع لا نصرة
القتال حيث صحبوا رسول الله صلى الله عليه وسلم حين هجره الناس وحاموا على ذلك في الاسلام
وهذا المعنى يوجد منهم كما يوجد من الرجال وسال ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي
سوالا اجاب عنه فقال ان قال قائل قوله تعالى وللرسول ولذي القربى عمومه يقتضي
وجوب السهم للفقراء والاغنياء منهم قيل له هذا عندنا ليس بعموم بل هو مجمل موقوف الحكم
على البيان من قبل ان قوله ولذي القربى لا يختص بقرابة النبي عليه السلام دون غيره
اذا كان الاسم يتناول الجميع الا ترى الى قوله تعالى واذ اخذنا ميثاق بني اسرائيل لا
تعبدون الا الله وبالوالدين احسانا وبذي القربى لم يختص بقرابة نبي دون غيره من
الناس وقد كان يجوز ان يراد به قرابة الخليفة او قرابة الغانمين او قرابة امير الجيش
وروى قتادة عن الحسن ان المراد به قرابة الخلفاء فلما لم يكن في الاية دلالة على تخصيص
قرابة النبي عليه السلام دون غيرهم حصل اللفظ مجملا مفتقرا الى البيان وسقط
الاحتجاج بعمومه ثم اعلم ان رسول الله صلى الله عليه وسلم هو محمد بن عبد الله بن عبد
المطلب بن هاشم بن عبد مناف وكان لعبد مناف خمس بنين هاشم والمطلب ونوفل
وعبد شمس وابو عمرو واسمه عبيد درج ولم يعقب وعثمان رضي الله عنه من بني عبد
شمس لانه عثمان بن عفان بن ابي العاص بن امية بن عبد شمس بن عبد مناف وجبير
من بني نوفل فانه جبير بن مطعم بن عدي بن نوفل قال البخاري في صحيحه قال ابن اسحاق
عبد شمس وهاشم والمطلب اخوة لام وامهم عاتكة بنت مرة وكان نوفل اخاهم لابيهم
قوله فالشافعي لهم خمس الخمس اي لذوي القربى والقربى القرابة قوله لان
العوض انما يثبت في حق من يثبت في حقه المعوض اراد بالعوض خمس الخمس وبالمعوض
الزكاة قوله وهم الفقراء الضمير يرجع الى من في قوله من يثبت قوله وشبك بين

اصابعه قال في الجمهرة كل شيئين اخل منشابك ومنه قيل شبك بين اصابعه **قوله** فاما ذكر
الله تعالى في الخمس فانه لافتتاح الكلام تبركا باسمه هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك
لما روى الشيخ ابو جعفر الطحاوي في شرح الاثار باسناده الى سفيان الثوري عن قيس بن
مسلم قال سالت الحسن بن محمد بن علي رضي الله عنه عن قول الله عز وجل واعلموا انما غنمتم من شيء
فان لله خمسه قال اما قوله فان لله خمسه فهو مفتاح كلام ولله الدنيا والاخرة **قوله**
وسهم النبي عليه السلام سقط بموته كما سقط الصفي وهذا لفظ القدوري وعند الشافعي
سهم الرسول يصرف الى الخليفة في رواية والى مصالح المسلمين كسد الثغور في رواية
ولنا ان النبي عليه السلام كان يفضل بسهم الصفي وبخمس الخمس ويجعل له مع ذلك في
الغنيمة سهم كسهم رجل من المسلمين كذا قال الطحاوي في شرح الاثار ثم الصفي سقط
بموته فكذا خمس الخمس وسهم رجل من الغنيمة وهذا لانه كان يستحق ذلك لانه كان رسولا
ولا رسول بعد وفاته فلا يستحقه الخليفة ولان الانبيا عليهم السلام لا يورثون لما روينا
عن عايشة رضي الله عنها ان ابا بكر ما دفع الى فاطمة من ذلك شيا مع ان فاطمة كانت اقرب الناس
الى رسول الله نسبا واسهم به رحما وهذا دليل ايضا على ان سهم ذوي القربى ساقط لانه
لو لم يكن ساقطا لكانت فاطمة اولى الناس به **قوله** والصفي شي كان صلى الله عليه وسلم
يصطفيه لنفسه من الغنيمة مثل درع او سيف او جارية وحدث صاحب السنن
باسناده الى الشعبي قال كان للنبي عليه السلام سهم يدعى الصفي ان شا عبد وان شا امة
وان شا فرس يختاره قبل الخمس وقال محمد في السير الكبير باسناده عن الزهري عن سعيد
بن المسيب قال كان سيف النبي عليه السلام ذو الفقار الذي تنفله يوم بدر كان سيف العاص
بن منبه بن الحجاج فهذا دليل على انه لم يحل من الجنة وذكر هشام بن محمد بن السايب عن
ابيه في كتاب السيوف كان سيف رسول الله عليه السلام ذا الفقار وكان للعاص بن منبه
بن الحجاج السهمي فقتله علي ابن ابي طالب يوم بدر وجاء بسيفه الى رسول الله عليه
السلام فصار بعد لعلي اعطاه اياه النبي عليه السلام وله يقول القايل لا سيف الا ذو الفقار
ولا فتى الا علي الى هنا لفظ كتاب الكلبي رحمه الله وما ذكر الزمخشري في فايقه ان رسول
الله عليه السلام تنفله في غزوة بني المصطلق ليس بصحيح لرواية من هو اقدم واعلم لا
سيما ابو الغازي فان الكلبي ابنة منبه وذكر في الصحيح البخاري والسنن مسندا الى انس
ابن مالك قال قدمنا خيبر فلما فتح الله عليه الحصن ذكر له جمال صفية بنت حيي بن اخطب
وقد قتل زوجها وكانت عروسا فاصطفاها النبي عليه السلام لنفسه **قوله** والحجة
عليه ما قدمناه اي الحجة على الشافعي ما قال النبي عليه السلام كان يستحقه برسالته **قوله**
وسهم ذوي القربى كانوا يستحقونه في زمن النبي عليه السلام بالنصرة هذا لفظ القدوري
قوله لما روينا اشارة الى قوله والنبي عليه السلام اعطاهم للنصرة الى اخر ما قال **قوله**
قال وبعده بالفقر اي قال القدوري في مختصره وبعده بالفقر اي وبعد النبي عليه السلام
كانوا يستحقون سهم ذوي القربى بالفقر قال صاحب الهداية استحقاقهم ذلك بالفقر قول
الكرخي وقال الطحاوي سهم الفقير ساقط ايضا كالغني **قوله** لما روينا من الاجماع
اشارة الى ما ذكر بقوله ولنا ان الخلفا الراشدين قسموه على ثلاثة **قوله** ولان فيه
معنى الصدقة نظرا الى المصرف اي لان في سهم ذي القربى معنى الصدقة لان الهاشمي

الذي صرف اليه فقير اذ لو لم يكن فقيرا لا يجوز صرفه اليه بعد النبي عليه السلام
باتفاق الروايات عن اصحابنا فلما كان فيه معنى الصدقة حرم ذوو القربى اياه كما حرم
العامل الهاشمي العامل على الصدقة العمالة وهو ما يعطى على عمله وقد مر ذلك
في الزكاة **قوله** وجه الاول اراد به قول الكرخي **قوله** وقيل هو الاصح انما
قال قيل لان في كون قول الكرخي اصح اختلاف المشايخ **قوله** والاجماع انعقد على سقوطه
حق الاغنيا من ذوي القربى **قوله** اما فقراؤهم اي فقراء ذوي القربى يدخلون في الاصناف
الثلاثة اي في اليتامى والمساكين وابنا السبيل من غيرهم **قوله** واذا دخل الواحد او الاثنان
دار الحرب مغيرين بغير اذن الامام فاخذوا شيا لم يخمس وهذا لفظ القدوري في مختصره وقال
الشافعي يخمس قال في السير الصغير الرجل والرجلان يخرجان من دار الاسلام فيغيران في ارض
الحرب فيصيبان الغنايم لا يخمس فيما اصابوا وان بعث الامام رجلا واحدا طليعة من العسكر
فاصاب غنيمة يخمس وقال في السير الكبير ولو ان رجلا او رجلين او ثلاثة او من لا منعة له من
المسلمين او من اهل الذمة دخلوا دار الحرب بغير اذن الامام فاصابوا غنايم فاخرجوها
الى دار الاسلام كان ذلك كله لهم ولا خمس فيه فان كان الامام اذن له خمس ما اصابوا وكان
ما بقي بينهم على سهام الغنيمة الى هنا لفظه وذلك لان الاذن اذا لم يوجد صار اخذهم كاخذ
اللص ولا خمس فيه لان الخمس انما يكون في الماخوذ قهرا وغلبة ولم يوجد ثم ما ياخذه
كل واحد لا يشركه فيه اصحابه لانه اخذ مالا على اصل الاباحة كالصيد والحطب
وان اجتمعوا على اخذ شي واحد فهو بينهم كساير المباحات اما اذا وجد الاذن من الامام
يخمس لانه وجد القهر والغلبة اعتبارا وان لم يوجد حقيقة لان الامام لما اذن
التزم نصرتهم وامدادهم ولا يقال قوله تعالى واعلموا انما غنمتم من شي فان لله خمسه
مطلق فينبغي ان يخمس وجد الاذن او لم يوجد لانا نقول الغنيمة عند العرب هو الماخوذ
قهرا وغلبة وما اخذه اللص سرقة وما اخذه الواحد او الاثنان جهرا خلسة فلا
يدخل تحت الغنيمة ولا يقال ينتقض قولهم بجماعة لهم منعة دخلوا فاخذوا واجب
يخمس ما اخذوا وان لم ياذن الامام لانا نقول لانسلم لوجود معنى القهر والغلبة
بالمنعة **قوله** ولو دخل الواحد او الاثنان باذن الامام ففيه روايتان والمشهور
انه يخمس والمشهور من الرواية ما ذكر في السير الكبير والصغير والرواية الاخرى
رواية البرامكة ذكرها الناطفي في الاجناس وقال في البرامكة مسلم اغار وحده في دار
الحرب وكان خروجه باذن الامام او بغير اذنه لا خمس فيما اصاب من اهل الحرب
وكذلك الاثنان والثلاثة وان كانت سرية خمس فيما اصابوا باذن الامام خرجوا او
بغير اذنه والسرية تسعة ثم نقل الناطفي عن كتاب الخراج لابن شجاع كان ابو حنيفة
يقول اذا دخل الرجل وحده فغنم ولا عسكر في ارض الكفر للمسلمين لا يخمس فيما اخذه
حتى يصير واحدا تسعة فاذا بلغ ذلك فهم سرية **قوله** مغيرين بلفظ الجمع لا التثنية
بدليل قوله فاخذوا ويجوز عود الضمير الى المعطوف والمعطوف عليه وان كان
العطف بلفظ او كما في قوله تعالى ان يكن غنيا او فقيرا فالله اولى بهما **قوله** بالامداد
بكسر الهمزة اي بالاعانة **قوله** فصار كالمنعة اي صار اذن الامام كالمنعة لهم حيث
اذن لهم **قوله** وان دخلت جماعة لها منعة فاخذوا شيا خمس وان لم ياذن لهم الامام

هذا لفظ القدوري في مختصره ولم ينص على قدر المنعة واشار في البرامكة وفي كتاب الخراج لابن شجاع الى تسعة وقد مر آنفا وانما خمس الماخوذ بالمنعة لقوله تعالى واعلموا انما غنمتم من شيء الاية وهذا ادخل تحت الاية لكونه ماخوذا بالقهر والغلبة ولانه ماخوذ بظهر المسلمين لما ان نصرتهم تجب على الامام لئلا يلزم ظهور ضعف المسلمين بخلاف دخول الواحد وما اشبهه قال في السير الكبير ان خرج قوم لا منعة لهم باذن الامام وقوم لا منعة لهم بغير اذن الامام فالتقوا في دار الحرب حتى صارت لهم منعة وقد اصابوا غنايم قبل ان يلتقوا الحرب وبعد ما التقوا الحرب فانه تخمس جميع ما اصاب الفريقان ولو التقى الفريقان بحيث لم يصر لهم منعة نصفه للذين دخلوا باذن الامام وخمس ونصفه للذين دخلوا بغير اذن الامام ولا تخمس **قوله** خذلهم يقال خذلت الرجل اخذله خذلا وخذلانا اذا تركت معونته **قوله** فيه وهن المسلمين اي في خذلانهم ضعف المسلمين والوهن بسكون الهاء مصدر قولهم وهن وبالفتح مصدر وهن يوهن من باب علم والله اعلم

فصل في التنفيل

لما كان التنفيل امرا يتعلق بالغنيمة ذكره بعد ذكر الغنايم يقال نفل السلطان فلانا اذا اعطاه سلب قتيل قتله ونفله نفلا ونفله تنفيلا لغتان فصيحتان كذا قال ابن دريد والنفل بفتحتين الغنيمة وجمعه انفال منه قول لبيد ان تقوى ربنا خير نفل وباذن ربي وعجل **قوله** قال ولا باس بان ينفل الامام في حال القتال ويحرض به على القتال فيقول من قتل قتيلا فله سلبه او يقول للسرية قد جعلت لكم الربع بعد الخمس اي قال القدوري في مختصره والفا في قوله فيقول لتفسير ما قبله وانما قيد بقوله في حال القتال لان التنفيل انما يصح عندنا اذا كان قبل الاصابة وعند الاوزاعي يصح بعد الاصابة في حق السلب للقاتل كذا ذكر في الاسرار ثم اعلم ان السلب لا يخمس اذا نفل الامام مطلقا بان يقال من قتل قتيلا فله سلبه او قال من اخذ شيئا فهو له او قال للسرية ما اصبتم فلكم منه الربع او الخمس اما اذا قال فله سلبه بعد الخمس او قال فلكم منها الربع او الخمس يوم الخمس او بعد الخمس يخمس حينئذ ومعنى قوله جعلت لكم الربع بعد الخمس اي ربع ما اصبتم بعد رفع خمسه ثم الاصل في جواز التنفيل قوله تعالى يا ايها النبي حرض المومنين على القتال وفي التنفيل تحريض عليه فجاز وذلك ان اهل الشجاعة يخاطرون بانفسهم ويظهرون الجلادة رغبة في السلب فينكسر شوكة الكفار وفيه مصلحة الاسلام واهله فكان جايزا وحدث البخاري وغيره مسندا الى ابي قتادة قال قال رسول الله عليه السلام يوم حنين من قتل قتيلا له عليه بينة فله سلبه وحدث صاحب السنن مسندا الى ابن عباس ان رسول الله عليه السلام قال يوم بدر من قتل قتيلا فله كذا وكذا ومن اسر اسيرا فله كذا وكذا وقوله عليه السلام من قتل قتيلا تسمية الشيء باسم ما يؤول اليه كقوله تعالى اني اراني اعصر خمرا وقوله تعالى انك ميت وانهم ميتون **قوله** ثم قد يكون التنفيل بما ذكر وقد يكون بغيره وانما ذكر هذا ليسهل التفريع يعني ان التنفيل كما يكون بما ذكر في مختصر القدوري وهو التنفيل بالسلب والتنفيل بالربع بعد الخمس يكون بغيره ايضا ولا يختص بما ذكر ثمه بل يجوز بغيره بان يقول جعلت لكم النصف بعد الخمس مثلا او يقول ما اصبتم فهو لكم الا ان الاولى ان لا يفعل بجميع الماخوذ لان فيه قطع حق الباقين

من الغزاة

من الغزاة ومع هذا لو فعل جاز لما راى فيه من المصلحة قال بعض الشارحين اراد بقوله وقد يكون بغيره نحو الذهب والفضة وفيه نظر لانه داخل تحت ما ذكر في مختصر القدوري لان السلب يشمل ما في وسط القتيل من الذهب والفضة فكيف يكون الذهب والفضة غير ما ذكر في المختصر والسرية عدد قليل يبعثهم الامام طليعة الى العدو ولا يختصون باربعماية كما قال الحسن بذاك ولهذا قال محمد في السير الكبير افضل ما يبعث في السرية ادناه ثلاثة ولو بعث بما دونه جاز ثم اعلم ان التنفيل بالذهب والفضة جايز عندنا خلافا لمكحول لان النبي عليه السلام نفل ابن مسعود يوم بدر سيف ابي جهل وكان عليه فضة **قوله** ولا ينفل بعد احراز الغنيمة بدار الاسلام وهذا لفظ القدوري في مختصره واستثني منه بقوله الا من الخمس وذلك لان بعد الاحراز تاكد حق الغزاة في الغنيمة فلا يجوز للامام ان يقطع حقهم ولان التنفيل نوع تحريض على القتال فلا يحتاج الى التحريض بعد استقرار الهزيمة واحراز الغنيمة بدار الاسلام بخلاف الخمس فانه لا حق فيه للغزاة فلا يلزم قطع حقهم فيتصرف الامام فيه على ما راى من المصلحة في امور المسلمين **قوله** واذا لم يجعل السلب للقاتل فهو من جملة الغنيمة والقاتل وغيره في ذلك سوا وهذا لفظ القدوري في مختصره وقال الشافعي اذا كان القاتل مقبلا فالسلب للقاتل له ما روي عن ابي قتادة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم حنين من قتل قتيلا له عليه بينة فله سلبه ذكره في الصحيح والسنن وذكر في السنن مسندا الى انس بن مالك رضي الله عنه قال قال رسول الله عليه السلام يوم حنين من قتل كافرا فله سلبه فقتل ابو طلحة يومئذ عشرين رجلا واخذ اسلابهم وجه الاستدلال ان الظاهر منه نصب الشرع كما في قوله عليه السلام من غير دينه فاقتلوه فيكون السلب للقاتل سوا شرط الامام او لم يشترط الا ان المقبل له غناء اي كفاية في الجهاد ولا يوجد ذلك في المدبر فيختص بالسلب اظهارا لفضيلته دون المدبر ولنا ان السلب غنيمة لانه مال ماخوذ قهرا فيدخل تحت قوله تعالى واعلموا انما غنمتم من شيء فيكون القاتل وغيره سوا اذا لم يوجد التنفيل لانه احرز بقوة الجند وروي في السنن وشرح الاثار بسنده الى عكرمة عن ابن عباس قال لما كان يوم بدر قال رسول الله عليه السلام من فعل كذا وكذا فله كذا وكذا فذهب شبان الرجال وجلست الشيوخ تحت الرايات فلما كانت الغنيمة جاء الشبان يطلبون نفلهم فقالت الشيوخ لا تستأثروا علينا فانا كنا تحت الرايات ولو انهزمتم كنا ردا لكم فانزل الله عز وجل يسئلونك عن الانفال فقرأ حتى بلغ كما اخرجك ربك من بيتك بالحق وان فريقا من المومنين لكارهون يقول اطيعوني في هذا الامر كما رايتم عاقبة امري حيث خرجتم وانتم كارهون فقسم بينهم بالسوية فهذا الحديث دليل على ان السلب لا يكون للقاتل لانه لو كان له لاعطاه النبي خاصة دون غيره والجواب عن حديث الخصم فهو انه يحتمل ان يكون المراد منه نصب الشرع كما قال الخصم ويحتمل ان يكون اراد به من قتل قتيلا في تلك الحرب كما قال عليه السلام يوم فتح مكة من القى سلاحه فهو امن فلم يدل ذلك على ان من القى سلاحه في غير تلك الحرب امن فلما احتمل قلنا ان ذلك الحديث ورد يوم حنين فلم يكن السلب للقاتل قبل ذلك بالاتفاق فما لم يعلم يقينا انه له لا يكون له وقد دل الحديث الذي رويناه على ان المراد مما رواه ليس نصب الشرع بل المراد منه التنفيل يوضحه ان المسلمين يوم حنين ولوا منهزمين حيث اشتدت الحرب فاحتاج النبي عليه السلام الى التحريك بالتنفيل فقال من قتل

قتيلا فله سلبه فتعين الكلام المتقبل دون ماقاله قوله فنحمله على الثاني اي نحمل الحديث الذي
رواه الشافعي على التنفيل لما رويناه اي لحديث حبيب ابن ابي سلمة وهو قوله عليه السلام ليس لك
من سلب قتيلك الا ما طابت به نفس امامك قوله وزيادة الغنا لا تعتبر في جنس واحد كما ذكرناه
اشارة الى ما ذكره في فصل كيفية القسمة ولان الكر والفر من جنس واحد والى قوله ولانه تعذر اعتبار
مقدار الزيادة لانه كم من واحد من الفرسان او الرجالة مثل الالف في الغنا ولا يعتبر ذلك في استحقاق
زيادة السهم لانه من جنس واحد فكذا هنا زيادة الغنا في المقبل لا تعتبر قوله والسلب ما على المقتول
من ثيابه وسلاحه ومركبه هذا لفظ القدوري في مختصره في تفسير السلب وكذا ما على مركبه من
الالة وما عليه من مال في حقيبته وما في وسط القتيل من الدنانير والدراهم كل ذلك سلب وماسوى
ذلك مما كان مع غلامه او على جنيبته فليس بسلب قال في الجمهرة الحقيبة الزيادة في موخر القتب وكل
شي مددته في موخرة رحلك او قتبك فقد احتقبته وكذلك حتى قالوا احتقب فلان خيرا او شرا
اذا ادخره وقوله ومركبه بالرفع قوله لما مر من قبل اشارة الى ما ذكر في باب الغنائم بقوله
ولان الاستيلا اثبات اليد الحافظة والناقلة والثانية منعدمة اي اليد الناقلة منعدمة قبل
الاحراز فلا يثبت الملك قوله حتى لو قال الامام من اصاب جارية فهي له فاصابها مسلم واستبراها
لم يحل له وطيها وكذا لا يبيعها وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد له ان يطاها ويبيعها
هذا ايضاح لثبوت الملك للمنفل له بعد الاحراز ذكر الخلاف في الزيادات بين محمد وصاحبيه
واعتمد عليه صاحب الاسرار وتبعه صاحب الهداية ولم يذكر الخلاف في السير الصغير
الاصل بل قال فيه اذا قال الامام من اصاب شيا فهو له فاصاب رجل جارية فاستبراها
لا يطاها ولا يبيعها حتى يخرجها الى دار الاسلام واعتمد عليه الحاكم الشهيد في الكافي وذكر
الكرخي الخلاف بين ابي حنيفة ومحمد ولم يذكر قول ابي يوسف فقال لا يطاها عند ابي حنيفة
خلافا لمحمد واعتمد عليه صاحب المختلف والمنظومة وجه قول محمد ان سبب الملك قد تم بدليل
ان المدد لا يشاركونه فيها وجه قولهما ان سبب الملك قاصر لان اهل الحرب قاهرون يدا
قاهرون دارا فاوجب ذلك شبهة قال فخر الاسلام في شرح الزيادات اجمعوا فيمن دخل متلصصا
دار الحرب فاخذ جارية فاستبراها بحيضة لا يحل له وطيها حتى يخرجها ثم يستبريها قوله
كما يثبت بالقسمة في دار الحرب والشرا من الحربي يعني كما يثبت الملك عند محمد بالقسمة ثمة والشرا
منه يثبت الملك بالتنفيل ايضا عنده وانما قيدنا بقولنا كما يثبت الملك عند محمد لان خلاف محمد
ثابت في المقيس عليهما ايضا اعني في مسالة القسمة والشرا ذكر الخلاف فخر الاسلام في شرح
الزيادات ولهذا حقق خلاف محمد في الشرا في المختلف والمنظومة ايضا قوله ووجوب
الضمان بالاتلاف قد قيل على هذا الاختلاف ذكر هذا لدفع شبهة ترد على قول ابي حنيفة
وابي يوسف بيانه ان محمدا ذكر في الزيادات ان المتلف لسلب نفله الامام يضمن لان الحق متاكد
ولم يذكر فيه الخلاف فورد الضمان شبهة عليهما لان الضمان دليل تمام الملك فينبغي ان يحل الوطي
على مذهبهما ايضا بعد الاستبرا فقال في جوابه انه على الاختلاف ايضا يعني عند محمد يضمن خلافا
لهما فلم يدل المذكور في الزيادات على حل الوطي عندهما قبل الاحراز والله اعلم باب
استيلا الكفار لما ذكر قبل هذا حال استيلا المسلمين على اموال الكفار ذكر هنا حال استيلا الكفار
على اموال كفار اخر في دار حرب اخرى او على اموال المسلمين وما يترتب عليه من المسائل قوله
واذا غلب الترك على الروم فسبوهم واخذوا اموالهم ملكوها وهذا لفظ القدوري في مختصره

وذلك لان سبب الملك هو الاستيلا على مال مباح وقد حصل ذلك وتحقيقه يجي بعد هذا عند قوله
واذا غلبوا على اموالنا والترك جمع تركي والروم جمع رومي والمراد كفار الترك وكفار الروم
منه ما روى البخاري في الصحيح عن ابي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله عليه السلام لا
تقوم الساعة حتى يقاتلوا الترك صغار الاعين حمر الوجوه ذلف الانوف كان وجوههم
المجان المطرقة والذلف قصر الانف وانبطاحه ورجل اذلف وامراة ذلفا والجمع ذلف والمطرقة
هي التي البست الاغشية من الجلود شبه عرض وجوههم ونتو وجناتهم بظهور التروسة قوله
فان غلبنا على الترك حل لنا ما نجده من ذلك هذا لفظ المختصر ايضا اي حل لنا ما نجده في ايدي
الترك ما اخذوه من الروم لانهم لما ملكوه بالاستيلا صار هو وسائر اموالهم سوا قوله واذا
غلبوا على اموالنا واحرزوها بدارهم ملكوها وهذا لفظ القدوري في مختصره وعند الشافعي لا
يملك الكفار اموالنا وان احرزوها بدارهم له ما حدث الطحاوي في شرح الاثار وغيره مسندا الى
عمران بن حصين قال كانت العضبا من سوابق الحاج فاغار المشركون على سرح المدينة وفيه العضبا
واسروا امراة من المسلمين وكانوا اذا نزلوا يريحون ابلهم في افنيتهم فلما كانت ذات ليلة قامت
المراة وقد نوموا فجعلت لا تضع يدها على بعير الا رغا حتى اتت على العضبا فاتت على ناقة ذلول
فركبتها ثم وجهت قبل المدينة ونذرت لئن الله عز وجل نجاها عليها لتنحرنها فلما قدمت عرفت
الناقة فاتوا بها النبي عليه السلام فاخبرته المراة بنذرها فقال بئس ما جزيتها او وفيتها لا
وفا لنذر في معصية الله ولا فيما لا يملك ابن ادم فعلم بهذا ان الكفار لا يملكون اموال المسلمين
فلو كانوا يملكون لملكت المراة العضبا بالاخذ منهم ولان اخذهم عدوان محض فلا يصلح سببا
للملك كغصب المسلم من المسلم ولان الاستيلا انما يكون سببا للملك اذا ورد على مباح وهنا ورد
على محظور معصوم حقا للمسلم فلا يكون سببا للملك كالاستيلا على رقبة المسلم ولنا قوله تعالى
للفقرا المهاجرين الذين اخرجوا من ديارهم واموالهم فيه اشارة الى زوال اموالهم الى الكفار
بتباين الدارين لان الفقير عديم الملك لا بعيد اليد عن الملك ولهذا كان المكاتب فقيرا وان اصاب
مالا اعطيها ولهذا كان ابن السبيل في كتاب الله غير الفقير لان ابن السبيل بعيد اليد عن الملك
لا عديم الملك وروى البخاري في الصحيح مسندا الى اسامة بن زيد انه قال وقت الفتح يعني فتح مكة
يا رسول الله اين تنزل غدا قال عليه السلام هل ترك عقيل لنا من منزل وانما قال هذا لانه
كان استولى عليه عقيل وروى محمد بن الحسن في الاصل عن ابن عباس ان رجلا وجد بعيرا له في
المغنم قد كان المشركون اصابوه قبل ذلك فسال عنه رسول الله عليه السلام فقال ان وجدته
قبل ان يقسم فهو لك وان وجدته بعدما قسم اخذته بالثمن ان شئت وهذا دليل على ملك الكفار
بعد الاحراز لانه قال عليه السلام بعد القسمة اخذته بالثمن الا انه لما كان احق من سائر
المسلمين اخذه قبل القسمة بلا شي وروى الطحاوي في شرح الاثار باسناده الى تميم بن طرفة ان
رجلا اصاب له العدو بعيرا فاشتراه رجل منهم فجا به فعرفه صاحبه فخاصمه الى رسول
الله عليه السلام فقال ان اعطيته ثمنه فهو لك والا فهو له وروى الطحاوي ايضا فيه باسناده
الى قبيصة ابن ذويب الى عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال فيما احرز المشركون فاصابه المسلمون
فعرفه صاحبه ان ادركه قبل ان يقسم فهو له وان جرت فيه السهام فلا شي له وروى ايضا فيه
عن ابي عبيدة رضي الله عنه مثل ذلك وروى ايضا فيه باسناده الى سليمان بن يسار عن زيد بن
ثابت مثله وروى ايضا فيه باسناده الى قتادة عن خلاس ان علي بن ابي طالب قال من اشترى ما

احرز العدو وهو جايز فهذا كله دليل على ان المشركين اذا احرزوا ملكوا ولان الاستيلاء على مال مباح باصل الخلقة سبب للملك واستيلاء الكفار على اموالنا بعد الاحراز بدارهم استيلاء على مال مباح باباحة اصلية فيكون سببا للملك كاستيلائنا على اموالهم بعد الاحراز وانما يثبت العصمة للمال ليتمكن المالك من الانتفاع ودفع الحاجة لانه اذا لم يكن معصوما كان كل واحد بسبيل من التعرض فلا تحصل المصلحة المطلوبة من العصمة وهي التمكن من الانتفاع ودفع الحاجة ثم لما زال التمكن من الانتفاع ودفع الحاجة بعد احرازهم ارتفعت العصمة فعاد مباحا فملكوه بالاستيلاء فان قلت ـــــــ لا نسلم ان المال مباح باصل الخلقة ـ قلت ـــــــ انه مباح به لقوله تعالى خلق لكم ما في الارض جميعا فاللام للاختصاص فتقتضي الاختصاص بجهة الانتفاع مطلقا دون اختصاص الواحد بشي من ذلك لان فيه منع الباقين من الانتفاع وقد اضيف اليهم جميعا بحرف الاختصاص والجواب عن حديث العضبا فنقول ان المشركين ما كانوا احرزوها بدارهم بدليل قوله وكانوا اذا نزلوا يريحون ابلهم في افنيتهم فلما كانت ذات ليلة قامت المراة وقد نوموا في افنيتهم انهم كانوا بعد في الطريق وقبل الاحراز لا يثبت الملك فلا يكون حجة علينا او نقول سلمنا انهم احرزوا بدارهم لكن المراة ندرت في الطريق قبل الاحراز بدار الاسلام الا ترى انها قالت ان نجاها الله عليها لتنحرنها وما لهم لا يملك قبل الاحراز بدار الاسلام فلاجل هذا قال عليه السلام لا نذر فيما لا يملك ابن ادم والجواب عن معقولهم فنقول لا نسلم ان استيلاء الكفار ورد على مال محظور معصوم لان استيلاءهم انما يتحقق على اموالنا بعد الاحراز بدارهم لان الاستيلاء عبارة عن الاقتدار على المحل مطلقا على وجه يتمكن من الانتفاع في الحال ومن الادخار الى الزمان الثاني والاقتدار بهذه الصفة لا يكون الا بعد الاحراز ثم بعد احرازهم ارتفعت العصمة لما قلنا فورد الاستيلاء حينئذ على مال مباح لا على مال محظور كمال المسلم الذي اسلم ثمه ولم يهاجر الينا فلم يكن اخذهم عدوانا محضا كما لا يكون عدوانا منا لو فتحنا بلدهم وفيه مسلم لم يهاجر الينا فتملك امواله الا ما كان في يده من منقول وقياس المال على الرقبة ضعيف لان المال مباح في الاصل بخلاف الادمي فانه خلق مالكا للاشياء محترما معصوما ولا يرد علينا الاسترداد بالملك القايم لا لانه ليس لان الملك قايم بل لان المالك القديم احق به كالشفيع ليس له ملك في المبيع ولكنه احق من المشتري فيتقدم عليه والباقي يعرف في طريقة الخلاف ان شا الله تعالى **قوله** محظور ابتدا اي في دار الاسلام وانتهاء اي بعد الاحراز بدار الحرب **قوله** والمحظور اراد به المحظور من وجه لان المحظور من كل وجه هو الباطل لا يكون سببا للملك عندنا ايضا كالبيع بالميتة او الدم او الحر **قوله** لا ينتهض سببا اي لا يقوم ولا يكون سببا **قوله** على ما عرف من قاعدة الخصم وذلك لان النهي يعدم المشروعية عنده **قوله** وهذا اشارة الى ان الاستيلاء ورد على مال مباح **قوله** على ما فاة الدليل اراد به قوله تعالى خلق لكم ما في الارض جميعا يعني ان الدليل يقتضي الاباحة في المال وثبوت العصمة فيه ينافيها **قوله** ضرورة تمكن المالك اي لضرورة تمكنه وهو دليل ثبوت العصمة **قوله** لانه اي لان الاستيلاء **قوله** حالا اي بالانتفاع بالمال في الحال ومالا اي عاقبة يعني بالادخار الى الزمان الثاني **قوله** والمحظور لغيره اذا صلح سببا لكرامة الى اخره جواب عن قول الخصم والمحظور لا ينتهض سببا للملك يعني ان المال مباح لعينه لكن الحظر فيه لحق الغير وهو المالك ثم المحظور لغيره يصلح سببا للثواب كما في الصلاة في الارض المغصوبة والثواب اعلى النعم فلان يصلح سببا للملك الذي هو ادنى اولى على انا نقول

المحظور

المحظور لغيره يصلح ان يكون سببا للملك كما في الشراء على سوم اخيه والبيع عند الاذان يوم الجمعة وبيع الحاضر للبادي وبيع المتلقي للسلعة فانتفض اصله حينئذ **قوله** فان ظهر عليها المسلمون فوجدها المالكون قبل القسمة فهي لهم بغير شي وان وجدوها بعد القسمة اخذوها بالقيمة ان احبوا وهذا لفظ القدوري في مختصره اي ان غلب المسلمون على الاموال التي اخذها الكفار منا فاستنقذوها منهم ياخذها الملاك قبل القسمة بغير شي وبعد القسمة بالقيمة وعند الشافعي ياخذ وكل في الوجهين بغير شي لان الملك لم يثبت للكفار عنده وقد مر جوابه مستوفى في المسالة المتقدمة ولان حق المالك القديم زال بغير رضاه فاثبت الشرع حق الاخذ نظرا له فياخذ بغير شي قبل القسمة لان الملك في المقسوم عام بين الغانمين فقبل الضرر عليهم فلم يلتفت اليهم فاخذ بغير شي اولان الملك لما كان عاما لم يثبت له حكم الملك ولهذا اورد في الاسرار ان واحدا من الغانمين لو استولد جارية من المغنم لم يثبت النسب لعدم الملك بعموم الشركة بخلاف ما بعد القسمة حيث ياخذ بالقيمة لانه لو اخذ بلا شي يتضرر المالك الجديد لانه اخذ عوضا عن نصيبه في المغنم فيفوت ذلك حينئذ فلا عدل النظر للمالك القديم والجديد اثبتنا حق الاخذ لكن بالقيمة **قوله** وان دخل دار الحرب تاجر فاشترى ذلك واخرج الى دار الاسلام فمالكه الاول بالخيار ان شا اخذ بالثمن الذي اشتراه وان شا ترك وهذا ايضا لفظ القدوري وذلك لان التاجر حصل له الملك فيه بعوض فاذا اخذ المالك القديم بغير شي يتضرر التاجر فلدفع الضرر قلنا ياخذ المالك بالثمن ان شا وقد ذكر حديث تميم بن طرفة في هذه الحادثة قبل هذا والقول في الثمن قول المشتري مع يمينه كذا ذكر الحاكم الشهيد **قوله** ولو اشتراه بعوض ياخذه بقيمة العرض ولو وهبوه لمسلم ياخذ بقيمته هذا تفريع لمسالة المختصر اي لو اشتراه التاجر بالعرض ياخذه المالك القديم بقيمة ذلك العرض ان شا كيلا يتضرر التاجر وكذلك اذا وهبه اهل الحرب لمسلم ياخذ المالك القديم بالقيمة لانه حصل له ملك خاص بالهبة فلا يجوز ابطاله بلا عوض لا يقال حصل الملك للموهوب له بلا عوض فينبغي ان يجوز ابطاله بلا عوض لان المكافاة مقصودة بدليل ما روي عن عايشة عن رسول الله عليه السلام انه قال من اسدى معروفا فليكافي به فان لم يستطع فليذكره فان ذكره فقد شكره فكان المكافاة بالذكر كالعوض ولو كان ذلك المغنوم مثليا كالدراهم والدنانير والمكيل والموزون ياخذ المالك القديم قبل القسمة بلا شي ولا ياخذ بعد القسمة لانه لو اخذ اخذ بالمثل ولا فايدة فيه وكذلك حكم المثل اذا كان موهوبا لواحد لا ياخذ المالك القديم لعدم الفايدة **قوله** لما بينا اشارة الى قوله لان الاخذ بالمثل غير مفيد **قوله** وكذا اذا كان مشترى بمثله قدرا ووصفا اي لا ياخذه المالك القديم ايضا اذا كان ما اخذ الكفار منا واحرزوه بدارهم مشترى بمثله قدرا ووصفا لانه لا فايدة في ان يعطي عشرة مثاقيل جيادا وياخذ عشرة مثاقيل جيادا او يعطي عشرة اقفزة جيدة وياخذ عشرة اقفزة جيدة الا اذا اشترى بخلاف الجنس والا اذا اشترى بالاقل قدرا او بالارديء منه حينئذ يكون للمالك القديم اخذ بمثل ما اشترى لوجود الفايدة ولا يلزم الربا لانه يعيده الى قديم ملكه لكن اعطى المشتري ثمن المبيع دفعا للضرر عنه **قوله** فان كان اسروا عبدا فاشتراه رجل واخرجه الى دار الاسلام ففقيت عينه واخذ ارشها فان المولى ياخذه بالثمن الذي اخذ به من العدو وصورة المسالة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في عبد لرجل اسره العدو فاشتراه رجل من المسلمين فاخرجه ففقيت عينه فاخذ المولى ارشها ثم جا المولى الاول بكم ياخذ العبد

قالوا الثمن الذي اخذه من العدو واصله ان الكفار يملكون اموالنا بالاحراز بدارهم عندنا وقد مر بيانه ثم اذا اشترى رجل عبدا ماسورا من العدو صح شراوه فاذا صح شراوه صح ملكه في العبد لكن للمالك القديم حق اخذ رقبة العبد ان شا بالثمن الذي اشترى به المشتري لحديث تميم بن طرفة وقد مر قبل هذا ولانه لو اخذه مجانا يتضرر به المشتري وليس للمسلم ان يضر بغيره لكن ليس للمالك القديم ان ياخذ الارش لانه انما كان احق بالرقبة لاعادة العبد الى قديم ملكه والارش حصل في ملك المشتري صحيحا وليس فيه الاعادة الى قديم الملك ومع هذا لو اخذ الارش اخذه بمثله ولا فايدة فيه لان الارش دراهم او دنانير الا ترى ان العبد لو قتل في يد المشتري خطا فاخذ قيمته لم يكن للمالك القديم عليه في القيمة سبيل لعدم الفايدة فكذا هنا وفي الزيادة والنقصان ربوا وهو حرام ثم اذا لم ياخذ الارش ليس له ان يحط شيا من الثمن بسبب فقء العين لان العين بمنزلة الوصف لانه يحصل بها صفة الكمال في الذات والاوصاف لا يقابلها شي من الثمن وقد فات الوصف في ملك صحيح وبمثله لا يسقط شي من الثمن لانه تابع الا ترى انه لو اشترى عبدا فذهبت يده او عينه لا يسقط شي من الثمن بخلاف الوصف في مسيلة الشفعة حيث يقابله شي من الثمن ولهذا اذا استهلك انسان شيا من بنا الدار التي فيها الشفعة يسقط من الشفيع حصته لان المبيع لما كان واجب الرد الى الشفيع تحول الصفقة اليه صار كالمشتري شرا فاسدا والوصف فيه مضمون لانه واجب الرد كما في الغصب فكذا هنا بخلاف ما نحن فيه فان الملك صحيح للمشتري من العدو فحصل الفرق قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير روى عن محمد ان المولى يسقط عنه حصة الارش من الفدا فجعله بمنزلة الشفيع انه ياخذ بالحصة اذا استهلك انسان شيا من البنا نقال فقات عينه اي اخرجها فهي مفقوءة قوله فلما قلنا اشارة الى قوله لانه يتضرر بالاخذ مجانا قوله لان الملك فيه صحيح احتراز عن الشرا الفاسد فان الوصف فيه مضمون قوله اما ههنا اي فيما اذا اشترى من العدو قوله فافترقا اي الملك الصحيح والمشتري شرا فاسدا وقد مر بيانه قوله وان اسروا عبدا فاشتراه رجل بالف درهم واسروه ثانية اي مرة ثانية وهذه من مسايل الجامع الصغير المعادة وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه قال في العبد ياسره اهل الحرب فيشتريه منهم رجل بالف درهم ثم يوسر ثانية ثم يشتريه اخر بالف قال لا سبيل للمولى الاول عليه لكن المشتري الاول ياخذه بالثمن الثاني وذلك لان الكفار لعنهم الله اخذوا في المرة الثانية بالقهر ملك المشتري الاول فياخذه من المشتري الثاني بالثمن الذي اخذه به ثم المولى القديم ياخذه ان شا من المشتري الاول بالالفين لانه قام العبد عليه بهما الف بالشرا والف بالفدا فصار كرجل وهب لرجل عبدا فوهبه الموهوب له من اخر فليس للواهب الاول على الثاني سبيل ما لم يرجع الثاني في هبته فكذا هنا قوله وان اسروها اي اسرا الكفار قوله قام عليه اي على المشتري الاول قوله الماسور منه الثاني وهو المشتري الاول قوله ليس للاول اي للمولى الاول وهو المالك القديم قوله بحال حضره الماسور منه الثاني وهو المشتري الاول قوله ولا يملك علينا اهل الحرب بالغلبة مدبرينا وامهات اولادنا ومكاتبينا واحرارنا ونملك عليهم جميع ذلك وهذا لفظ القدوري في مختصره وفايدته ان المولى ياخذ هولا بلا شي قبل القسمة وبعدها وكذلك ان اشترى رجل واحد امهات كرنا.

من اهل الحرب بعد استيلائهم ياخذه المولى بلا شي والاصل فيه ما ذكر في شرح الطحاوي ان كل ما يملك بالميراث يملك بالاسر والاسترقاق والقهر والغلبة وهذا لان سبب التملك وهو الاستيلا انما ينعقد سببا اذا اتصل بالمحل كما في ساير الاسباب فلم يتصل فيما نحن فيه فلا يكون سببا فلا يصح تملكهم وذلك لان الحربي ليس بمحل للتمليك لعصمته وكذا المدبر والمكاتب وام الولد ليس بمحل له لاستحقاقهم الحرية ولهذا لا يصح ان نملكهم بالعقود وهذا معنى قوله لانه يثبت الحرية فيه من وجه اي فيمن سوى لا يقال اذا ظهرنا عليهم نملك جميعهم حرا كان او مدبرا او غير ذلك فينبغي ان يملكوا علينا ايضا ذلك من غير فرق بين الحر والمدبر والمكاتب وام الولد وبين العبد القن لانا نقول يجوز تملكهم على بعضهم بالقهر والغلبة وان كان حرا فكذا اجاز تملكنا على احرارهم ولا يجوز تملكنا على احرارنا ومدبرينا ومكاتبينا وامهات اولادنا بالعقود فلا يجوز تملكهم ايضا قوله من سواه اي سوى الحر قوله ولا جناية من هولا اي من هولا المذكورين وهم المدبرون وامهات الاولاد والمكاتبون والاحرار ولم يوجد جناية الكفر فلم يستحقوا الرق بخلاف اهل الحرب لانهم لما كفروا بالله العظيم واستنكفوا ان يكونوا عبيدا لله جعلهم الله عز وجل ارقا صالحين للتمليك بالاستيلا لكانوا عبيد عبيده جزا على صنيعهم الفاحش قوله واذا ابق عبد لمسلم فدخل اليهم فاخذوه لم يملكوه عند ابي حنيفة وقالا يملكونه وهذه من مسايل القدوري والحكم في عبد الذمي كذلك وقيد المسلم اتفاقي لهما ان العبد مال يجوز تملكه اذا وجد سببه وقد وجد سبب التملك وهو استيلا اهل الحرب عليه فيملكونه ولهذا يملكون الابق المتردد في دار الاسلام والعبد الماذون بالدخول في دار الحرب اذا احرزوه بدارهم فصار استيلاؤهم عليه كاستيلائهم على الدابة المتفلتة اليهم ولابي حنيفة رضي الله عنه ان العبد كما انفصل عن دار الاسلام ظهرت يده على نفسه والمراد بظهور يده كونه قادرا على استعمال الالة وصرف منافعه الى حيث يريد في مصالحه فاذا ظهرت يد العبد زالت يد المولى وفاتت قدرة انتفاعه بالعبد للتنافي بين يدي المولى ويد العبد لان يد المولى عبارة عن القدرة على المحل يتصرف كيف شا ويد العبد كذلك فمحال ان يكون المحل الواحد مصروفا الى جهتين مختلفتين فلما ظهرت يد العبد منع ذلك يد اهل الحرب بخلاف الدابة فانه لا يد لها تمنع يد اهل الحرب عن الاستيلا وبخلاف العبد الابق المتردد في دار الاسلام فانه في يد مولاه حكما لان الاقتدار على المحل قايم بالطلب والاستعانة باهل الدار فلم يظهر يد العبد وبخلاف العبد الماذون بالدخول في دار الحرب لان يد المولى قايم حكما ايضا لانه لما دخل باذن المولى صارت يده يد نيابة عن المولى اذ الظاهر انه يعود الى دار الاسلام بخلاف الابق لانه لما ابق تمرد على مولاه وصار عاصيا لمالك مولاه فلما انفصل عن دار الاسلام فلم يبق للمولى يد لا حقيقة ولا حكما فبطل القياس ثم اذا لم يثبت ملك اهل الحرب على العبد ياخذه المولى الذي ابق العبد منه بلا شي سوا كان وهبه اهل الحرب لواحد او اشتراه منهم او وجده المولى في يد الغانمين قبل القسمة اما بعد القسمة فياخذ المولى عبده بلا شي ايضا لكن يودي الغانم عوضه من بيت المال ولا يعطي المشتري العوض لانه اشتراه بلا امر المولى فاذا كان اشتراه بلا امره يرجع عليه بما ادى وكذلك الموهوب له لا يعطى العوض فان قل العبد كما انفصل عن دار الاسلام يقع في يد اهل الحرب لانه ليس بين الدارين موضع اخر حتى يظهر يد العبد اذا انفصل عن دارنا فلو كان يظهر يده لعتق العبد الحربي اذا اسلم والتحق بعسكر المسلمين قل لا نسلم انه ليس بين

الدارين موضع بل بين الدارين موضع حاجز بينهما فاذا وصل العبد اليه ظهرت يده فمنع يد اهل الحرب
وانما لم يعتق لان من ظهور يده على نفسه لا يلزم زوال ملك المولى فانه لما ظهرت يده على نفسه
صار غاصبا ملك المولى وجايز ان يوجد اليد بلا ملك كما في المغصوب والمشترى قبل القبض فان
الملك للمولى واليد لغيره بخلاف عبد الحربي اذا اسلم والتحق بعسكرنا لانه استولى على مال الحربي
وهو غير معصوم فملكه فلما ملكه زال ملك المولى فلما زال الملك عتق والباقي يعلم في طريقة الخلاف
ان شاء الله تعالى **قوله** لان سقوط اعتباره اي اعتبار يد العبد **قوله** بخلاف المتردد اي
بخلاف الابق المتردد في دار الاسلام اراد بالمتردد الذي يتردد في دارنا **قوله** وليس له على
المالك جعل الابق اي ليس للغازي او التاجر او الموهوب له لان اعتقاد كل واحد منهم ان العبد
ملكه فيكون عاملا لنفسه لا للمولى القديم وانما ذكر هذه المسألة تفريعا لمسألة القدوري **قوله**
وان ند بعير اليهم فاخذوه ملكوه وهذا لفظ القدوري اي ملكوه بالاتفاق لعدم يده وند
البعير يند ندا وندودا اذا ذهب على وجهه شاردا وهو من باب فعل يفعل بفتح العين من
الماضي وكسرها من المستقبل **قوله** للعجماء والعجماء البهيمة وانما سميت عجماء لانها لا تتكلم فلذلك كل من لا
يقدر على الكلام فهو اعجم ومستعجم ويقال صلاة النهار عجماء لانه لا يجهر فيها بالقراءة كذا في مجمل
اللغة **قوله** على ما ذكرنا اشارة الى قوله ولنا انه ظهرت يده على نفسه بالخروج من دارنا
قوله فان ابق عبد اليهم وذهب معه بفرس او متاع فاخذ المشركون ذلك كله الى اخره
وهذه من مسايل الجامع الصغير وصورتها فيه عبد ابق الى دار الحرب بفرس او متاع
معه فاخذه المشركون فاشتراه رجل من المسلمين وما معه من المال قال مولاه ياخذ
العبد بغير شيء وياخذ المال بثمنه ان شاء وقال ابو يوسف ومحمد ياخذ الكل بثمنه ان شاء قال
فخر الاسلام والذي معه من الخواص والاصل هنا ما بيناه في المسألة المتقدمة وهو ان
اهل الحرب لما ملكوا العبد كالفرس عندهما اخذهما المولى القديم من المشتري بالثمن ان شاء لانه
احق بهما وعند ابي حنيفة لما لم يملكوا العبد وملكوا الفرس والمتاع اخذ المولى العبد
بلا شيء واخذ ساير الاموال التي كانت مع العبد بالثمن ان شاء وهذا معنى قوله اعتبارا لحالة الاجتماع
بحالة الانفراد يعني اذا ابق العبد وحده كان الحكم فيه كذلك فكذلك اذا ابق ومعه فرس
ومتاع قال قلنا ان العبد لما ظهرت يده على
نفسه دفع ذلك الايدي القاهرة عنه كما اذا ظهرت بالكتابة ولكن كان ينبغي ان لا يملك اهل
الحرب ما معه لان يد العبد اسبق على ما في يده من يده قلنا
غاية ما في الباب ان يده ظهرت على نفسه بالانفصال من دار الاسلام فلا يلزم من ظهور
اليد ثبوت المالكية لان ما في يده مال معصوم لمسلم فلا يجوز تملكه فبقي الملك ظاهرا فيما في يد
العبد كما كان لصاحب الملك فيملكه اهل الحرب بالاحراز لما استقصينا عند قوله واذا
غلبوا على اموالنا واحرزوها بدارهم ملكوها الا ترى ان الحر اذا سبي ملك ما معه فهذا
اولى **قوله** واذا دخل الحربي دارنا بامان فاشترى عبدا مسلما وادخله دار الحرب عتق
عند ابي حنيفة وقالا لا يعتق وهذه من مسايل الجامع الصغير المعادة اعلم ان الحربي المستامن
اذا اشترى عبدا مسلما جاز ويجبر على البيع لانه لا يجوز ان يبقى المسلم في ذل الكافر لان
الاسلام يعلو ولا يعلى وعند الشافعي لا يجوز بيعه اصلا فاذا ادخله الى دار الاسلام عتق
عند ابي حنيفة خلافا لصاحبيه لهما ان البيع كان متعينا للتخلص عن الذل فاذا انتهى الى دار

الحرب

الحرب تعذر الاجبار على البيع لعجز الامام عن ذلك فلا يعتق لانه لو اخذه من دارنا فاحرزه
بدارهم يملكه فلا يعتق وهنا اولى ان لا يعتق لانه ملكه في دار الاسلام واحرزه بدارهم
ولابي حنيفة رضي الله عنه ان تخليص المسلم من ذل الكافر امر واجب الوجود الا ان قيام
الامان في دار الاسلام اوجب تقويم ماله فتعين الاجبار على البيع ما دام في دارنا فاذا انتهى الى
دارهم تعذر الاجبار على البيع فاقيم شرط زوال الملك في الجملة وهو تباين الدارين مقام علة زوال
الملك وهي الاعتاق عند العجز عن العلة تخليصا للمسلم عن اهانة الكافر كما اقيم انقضاء ثلاث حيض
وهو شرط البينونة في الطلاق الرجعي مقام علة البينونة وهي عرض القاضي الاسلام وتفريقه
بعد الاباء لعجز القاضي عن حقيقة العلة فيما اذا اسلم احد الزوجين بدارهم ثم يلزمها ان تعتد
ثلاث حيض من بعد ذلك والجواب عما قالا فنقول انما لا يعتق الذي اخذه الحربي من دار
الاسلام فاحرزه بدارهم لان للمولى ان ياخذه اما هنا فلا حق له فيه **قوله** واذا اسلم عبد
لحربي ثم خرج الينا او ظهر على الدار فهو حر وهذه من مسايل الجامع الصغير ولفظ المختصر
واذا خرج عبيدهم الى العسكر مسلمين فهم احرار والاصل فيه ما روي ان عبيدا اهل الطايف
خرجوا الى النبي عليه السلام مسلمين فطلب المسلمون قسمتهم فقال النبي عليه السلام هم عتقاء الله وقد
روى صاحب السنن باسناده الى علي ابن ابي طالب رضي الله عنه قال خرج عبدان الى رسول الله
عليه السلام يوم الحديبية قبل الصلح فكتب اليهم مواليهم قالوا يا محمد والله ما خرجوا اليك رغبة
في دينك وانما خرجوا هربا من الرق فقال ناس صدقوا يا رسول الله ردهم اليهم فغضب رسول
الله عليه السلام وقال ما اراكم تنتهون يا معشر قريش حتى يبعث الله عليكم من يضرب رقابكم
على هذا فابى ان يردهم وقال هم عتقاء الله تعالى فعلم بهذا ان العبد اذا خرج مراغما لمولاه يكون حرا
وكذلك اذا ظهر على دارهم بعد اسلام العبد يكون حرا لانه لما التحق بمنعة المسلمين صار كانه خرج
الى دار الاسلام ولا يكون عبدا للغزاة لانهم يحتاجون الى ان يملكوه بالاحراز وهو يحتاج الى ان
يحرز نفسه لينال شرف الحرية واحرازه اسبق من احرازهم فصار اولى لانه صار يدا في نفسه لكنه
يحتاج الى ما يؤكد يده بمنعة المسلمين وهم يحتاجون الى اثبات اليد ابتداء فكان اعتبار يده اولى قال
في شرح الطحاوي ولا يثبت الولاء من احد لان هذا عتق حكمي وان لم يخرج الينا ولم يظهر على الدار
لم يعتق الا اذا عرضه المولى على البيع من مسلم او كافر عتق العبد قبل المشتري البيع او لم
يقبل لان العبد استحق حق العتاق بالاسلام لكنا نحتاج الى سبب اخر لزوال ملكه عنه
ولما عرضه فقد رضي بزوال ملكه فلان يكون راضيا بزواله الى عتق اولى لان عتقه لم
يستحق حق الزوال وغيره استحق حق الزوال الى هنا لفظ شرح الطحاوي **قوله** او
ظهر على الدار اي دار الحرب وظهر على صيغة المبني للمفعول من قولك ظهرت على الرجل اذا غلبته
قوله روي ان عبيدا من عبيد الطايف اسلموا وخرجوا قال الفقيه ابو الليث في شرحه
للجامع الصغير كانوا ستة اعبد او سبعة **قوله** احرز نفسه بالخروج الينا مراغما لمولاه
او بالالتحاق بمنعة المسلمين فيه لف ونشر اعني انه احرز نفسه بالخروج فيما اذا خرج الينا
وبالالتحاق فيما اذا ظهر على الدار ومعنى قوله مراغما لمولاه اي منابذا يقال راغم فلان قومه
اذا خرج عنهم ونابذهم كذا في الجمهرة والمراغم المذهب والمهرب في قوله تعالى يجد في الارض
مراغما وقال الشاعر ٭ الى بلد ناي بلاد باركانه ٭ عزيز المراغم والمهرب ٭ وقال بعضهم المراغم
الموضع يلتجي اليه الخايف كذا في مجمل اللغة وانما قيد بخروجه مراغما لانه اذا خرج طايعا

لمولاه يباع وثمنه للحربي وعليه نص الحاكم الشهيد في الكافي بقوله واذا بعث الحربي له
عبدا تاجرا الى دار الاسلام بامان فاسلم العبد ههنا بيع وثمنه للحربي وذلك لانه لم
يغلب على رقبته والله اعلم **باب المستامن** لما فرغ
عن باب الاستيلاء وهو عبارة عن الاقتدار على المحل قهرا وغلبة شرع في باب الاستيمان
لان طلب الامان انما يكون حيث يكون فيه قهر وقدم استيمان المسلم تعظيما له **قوله**
واذا دخل المسلم دار الحرب تاجرا فلا يحل له ان يتعرض بشيء من اموالهم ولا من دمائهم
وهذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه فان غدر بهم واخذ شيئا وخرج به ملكه
ملكا محظورا ويؤمر ان يتصدق به الى هنا لفظه رحمه الله وهذا لانهم لما مكنوه من
الدخول في دارهم بعد الاستيمان بشرط ان لا يتعرض بشيء من دمائهم واموالهم فاذا تعرض
لذلك كان غدرا والغدر حرام لما روى محمد في اول كتاب السير الصغير عن ابي حنيفة
عن علقمة بن مرثد عن عبد الله بن بريدة عن ابيه قال كان رسول الله عليه السلام
اذا بعث جيشا او سرية اوصى صاحبهم بتقوى الله في خاصة نفسه واوصاه بمن معه من
المسلمين خيرا ثم قال اغزوا باسم الله وفي سبيل الله قاتلوا من كفر بالله لا تغلوا ولا تغدروا
ولا تمثلوا ولا تقتلوا وليدا الحديث فيه طول وروى صاحب السنن باسناده الى ابن عمر ان
رسول الله عليه السلام قال ان الغادر ينصب له لواء يوم القيامة فيقال هذه غدرة فلان
ولكن مع هذا لو غدر التاجر بهم واخذ اموالهم واحرزها بدار الاسلام ملكها ملكا محظورا
لان المحظور لا ينافي وقوع الملك الا ترى ان اموالنا محظور عليهم ان يملكوها ثم اذا احرزوها
بدارهم واستولوا عليها ملكوها فنحن اولى بان نملك اموالهم لانها مباحة لا عصمة لها فلما تمكن
الخطر في الملك بسبب الامان اورث ذلك خبثا فامرنا بالتصدق لان المال الخبيث حقه التصدق
الا انه اذا غدر ملكهم بالتجار او علم الملك بحاله ولم يمنعه فحينئذ لا يكون اخذ تجارنا اموالهم
غدرا لانهم هم الذين نكثوا العهد وفعلوا الغدر وكذلك لا يكون اخذ الاسير المسلم غدرا وان
كان مطلق العنان عندهم لانه لم يوجد الاستيمان صريحا فلم يلزم الغدر ثم لو غدر التاجر بهم
واخذ جارية يكره له وطؤها وان احرزها بدارنا وكذا يكره وطؤها للمشتري منه لقيام الخطر
في الملك بسبب الغدر بخلاف مشتري الجارية من مشتريها شراء فاسدا حيث يحل له وطؤها بعد
الاستبراء لان الكراهة في حق المشتري الاول لقيام حق بائعه في الاسترداد وقد زال
حقه ببيع المشتري من آخر فظهر الفرق والرواية مذكورة في المبسوط وغيره **قوله**
فالتعرض بعد ذلك اي تعرض المسلم بعد ان ضمن ان لا يتعرض لهم **قوله** الا اذا غدر
بهم ملكهم اي بالتجار ملك اهل الحرب وهو استثناء من قوله يكون غدرا **قوله** فان
غدر بهم اي بالكفار **قوله** وهذا لان الخطر لغيره لا يمنع انعقاد السبب اشارة الى
قوله ملكه ملكا محظورا يعني ان مال اهل الحرب مباح في نفسه وانما الخطر جاء لمعنى في
غير المال وهو الامان فلا يمنع انعقاد سبب الملك وهو الاستيلاء **قوله** على ما بينا اشارة
الى ما ذكره في اوائل باب استيلاء الكفار بقوله والمحظور لغيره اذا صلح سببا لكرامة تفوق
الملك وهو الثواب الآجل فما ظنك بالملك العاجل وقد مر تقريره **قوله** واذا دخل المسلم
دار الحرب بامان فادانه حربي او ادان حربيا الى آخره وهذه من المسائل المعادة في الجامع
الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في المسلم يدخل دار

الحرب بامان فادانه حربي دينا ثم خرج الحربي الينا مستامنا فاراد ان ياخذ بدينه
قال لا يقضي له بشيء وكذلك لو كان المسلم هو ادان الحربي وكذلك لو ادان حربي حربيا
ثم خرجا مستامنين ولو خرجا مسلمين في المسلمين جميعا قضيت بالدين لاحدهما على
صاحبه الى هنا لفظه وذلك لانه لا ولاية للقاضي وقت الادانة اصلا لا على المسلم
المستامن ولا على الحربي وكذا لا ولاية له وقت القضاء على الحربي المستامن لانه ما التزم
معاملة بفعلها في دار الاسلام لا في معاملة فعلها في دار الحرب وهذه المعاملة
وقعت في دار الحرب فلما انتفت الولاية لم يقض بشيء لانه لا قضاء بدون الولاية قال في شرح
الطحاوي ولكنه يفتي فيما بينه وبين الله تعالى ان يقضي وكذلك في الغصب لا يقضي لواحد
منهما على الآخر لان غصب احدهما مال صاحبه صادف مالا لا عصمة في حقه وذلك لان
دار الحرب دار القهر والغلبة فاذا استولى احدهما على مال الآخر فقد ملكه ولا يحكم بالرد
لثبوت الملك الا ان المسلم المستامن لما غصب مالهم صار ناقضا للعهد لاخذه بغير طيبة نفسهم
فيؤمر فيما بينه وبين الله تعالى ان يرده ليرتفع الغدر وكذلك الحكم في الحربيين اذا ادان
احدهما صاحبه او غصب احدهما مال الآخر ثم خرجا الينا مستامنين لا يقضي بشيء للمعنى الذي
قلنا الا انهما اذا خرجا مسلمين في المسلمين جميعا اعني في مسئلة المسلم مع الحربي وفي مسئلة
الحربيين يقضي بالدين ولا يقضي بالغصب لان كل واحد منهما ملكه وانما يقضي بالدين لان
الدين وقع صحيحا بالتراضي لكن لم يحكم بذلك لانقطاع الولاية فاذا اسلما وجب الحكم به لقيام
الولاية **قوله** فادانه الادانة البيع بالدين والاستدانة الابتياع بالدين **قوله**
وكذلك لو كانا حربيين فعلا ذلك ثم خرجا مستامنين اي لا يقضي بشيء في صورة الادانة والغصب
جميعا **قوله** فغصب حربيا اي مال حربي على حذف المضاف واقامة المضاف اليه مقامه
قوله ومراده الفتوى يعني يفتى بالرد فيما بينه وبين الله تعالى ولا يحكم بالجبر والالزام **قوله**
واذا دخل مسلمان دار الحرب بامان فقتل احدهما صاحبه الى آخره وهذه من مسائل الجامع
الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجلين المسلمين يدخلان دار
الحرب بامان فيقتل احدهما صاحبه عمدا او خطا قال على القاتل الدية في ماله وعليه الكفارة
في الخطا ولا كفارة عليه في العمد وان كانا رجلين اسيرين فقتل احدهما صاحبه عمدا
او خطا فلا شيء عليه في العمد وفي الخطا الكفارة وقال ابو يوسف ومحمد عليه في العمد
والخطا الدية ايضا الى هنا لفظه قال فخر الاسلام وذكر قول ابي يوسف في مسئلة
الاسيرين من الخواص اعلم ان احد المسلمين المستامنين اذا قتل احدهما صاحبه في دار
الحرب عمدا لا يجب القصاص لوجهين احدهما ان القصاص لا يمكن استيفاؤه الا بالامام
ومنعة المسلمين وذلك معدوم في دار الحرب والثاني ان دخول المسلم في دار الحرب ان كان
للسكنى يبطل عصمته فلما وجدا صل الدخول كان شبهة فسقط القصاص لانه يندرئ بالشبهات
ثم لما سقط القصاص للشبهة وجبت الدية لانه كان من اهل دارنا وانما وجبت الدية على
القاتل لان العاقلة لا تعقل العمد ولا كفارة عليه في هذه الصورة لانه لا كفارة في العمد
عندنا ولو كان القتل خطا تجب الدية في ماله والكفارة وانما وجب الدية والكفارة
لان المقتول من اهل دارنا لانه مستامن في دارهم وهو بسبيل من الخروج والحكم في اهل
دارنا كذلك وانما لم تجب الدية على العاقلة لعدم تقصيرهم في الحفظ لانه لا قدرة لهم

على حفظ القاتل مع تباين الدارين ووجوب الدية عليهم لترك الحفظ واما اذا كان المسلمان
اسيرين في دارهم فقتل احدهما الآخر فعند ابي حنيفة رضي الله عنه لا شيء على القاتل الا انه يجب
الكفارة في الخطأ وعندهما تجب الدية في مال القاتل في العمد والخطأ جميعا لكن في الخطأ تجب الكفارة
ايضا وسقوط القصاص في العمد لما قلنا في المسألة الاولى اما وجوب الدية عندهما فلان الاسير
من اهل دارنا في الاصل وقراره في دارهم على شرف الزوال لانه يمكن ان يتخلص منهم اما بالهرب
واما بشراء المسلم او اخذه فكان حكمه حكم المستأمن واحد المستأمنين اذا قتل الآخر ثمة يجب
الدية في ماله فكذا اذا قتل احد الاسيرين الآخر ولابي حنيفة ان الاسير مقهور محبوس في
دارهم فكان تابعا لهم ولهذا يتبعهم في السفر والاقامة فصار حكمه حكم من اسلم ولم يهاجر
الينا ولا يجب في قتله الدية فكذا في قتل الاسير والجامع كونهما مقهورين في ايديهم متوطنين
في دارهم وانما لم يجب الدية في الذي لم يهاجر عندنا خلافا للشافعي لقوله تعالى فان
كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة بيانه ان الله تعالى جعل جزاء قتل المؤمن
من قوم عدو الكفارة والجزاء اسم لما يقع به الكفاية فلا يجب شيء آخر وهذا الذي ذكرناه
هو المشهور من ابي يوسف وقال في مختصر الكرخي قال بشر عن ابي يوسف في الاسيرين
والتاجرين سواء ان قتل منهم رجل رجلا عمدا قتلته وان كان خطأ فعلى عاقلته **قوله**
فعلى القاتل الدية في ماله اي في العمد والخطأ **قوله** فلاطلاق الكتاب اراد به قوله تعالى
ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة **قوله** بمنعة بفتح الميم بضم النون منعة اذا
صار منيعا وفلان ذو منعة اي عز يمتنع على من يريده **قوله** والوجوب عليهم على اعتبار
تركها اي وجوب الدية على العاقلة على اعتبار ترك الصيانة **قوله** على ما بيناه اشارة
الى قوله لان العصمة الثابتة بالاحراز بدار الاسلام لا يبطل بعارض الدخول بالامان **قوله**
لما قلنا اشارة الى قوله لان العواقل لا تعقل العمد **قوله** بالاسر صار تبعا لهم والاصل غير
مضمون فكذا التبع **قوله** ولهذا يصير مقيما ايضاح لقوله صار تبعا **قوله** فيبطل به
الاحراز اصلا اي يبطل بالاسر الاحراز بدار الاسلام فلما بطل الاحراز لم يثبت العصمة المقومة
فلم يجب الدية لانها بناء على تلك العصمة بخلاف الكفارة فانها تجب بالعصمة المؤثمة وهي بالاسلام

فصل واذا دخل الحربي الينا مستأمنا لم يمكن
ان يقيم في دارنا سنة ويقول له الامام ان اقمت تمام السنة وضعت عليك الجزية وهذه مسألة
القدوري والاصل هنا ان الامام لا يترك الحربي المستأمن ان يطيل المكث في دارنا كيلا
يقف على عورات المسلمين فيدل الكفار عليها وانما يجوز له اطالة المكث بقبول جزية او
استرقاق فلهذا يتقدم اليه الامام ويقول ان اقمت السنة وضعت عليك الجزية فاذا اقام
بعد تقدم الامام اليه صار ذميا لانه لما اقام تلك المدة بعد التقدم صار ملتزما للجزية
فيستأنف عليه الجزية لحول بعد الآن الا ان يكون شرط عليه انه ان مكث سنة اخذ منه الجزية
فياخذها منه حينئذ كذا قال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير وانما يمكن المستأمن
في دارنا من المكث اليسير لقوله تعالى وان احد من المشركين استجارك فاجره حتى يسمع
كلام الله ثم ابلغه مأمنه ولان في منع هذا القدر مضرة على المسلمين لانقطاع السبل
وقطع الميرة والجلب فجاز ذلك دفعا لحاجة المسلمين واقامة لمصلحتهم فقدرنا ذلك بما دون
السنة لان السنة مدة يجب فيها الجزية فلا يجوز ان يمكث الحربي في دارنا مدة الجزية

بلا جزية لانه ترك مصلحة المسلمين ثم اذا عاد الى دار الحرب قبل تمام المدة فلا سبيل عليه
ثم اذا اراد العود بعد تمام المدة فلا يترك ان يعود لانه صار ذميا حين اقام مدة مضروبة
عليه والذمي لا يجوز رجوعه الى دار الحرب وللامام ان يضرب المدة على حسب ما يرى
من المصلحة شهرا او شهرين او نحو ذلك كذا قالوا **قوله** عينا لهم وعونا علينا والعين جاسوس
القوم كذا في الجمهرة والعون الظهير على الامر والجمع اعوان **قوله** لان في منعها قطع
الميرة اي في منع الاقامة اليسيرة والميرة بكسر الميم وسكون الياء الطعام يمتاره الانسان
فاما المئرة بالهمز فهي النميمة قال في الجمهرة وكل شيء جلبته من ابل وخيل وسائر ذلك من الحيوان
للتجارة فهو جلب وهو بتحريك **قوله** فلا سبيل عليه اي على المستأمن يعني لا يمنع من ان يرجع
الى دارهم قبل تمام السنة **قوله** لما قلنا اشارة الى قوله لانه لما اقام سنة بعد تقدم الامام
اليه صار ملتزما الجزية **قوله** لا يتركه اي الامام **قوله** حربا علينا يقال فلان حرب
فلان اي محاربه **قوله** واذا دخل الحربي دارنا بامان واشترى ارض خراج فاذا وضع عليه
الخراج فهو ذمي وهذه من المسائل المعادة في الجامع الصغير اعلم انه لا يكون ذميا بمجرد الشراء
والزراعة حتى لو باع الارض قبل وجوب الخراج لا يكون ذميا وبه صرح الكرخي في مختصره
وشمس الائمة البيهقي في الشامل في قسم المبسوط وانما يصير ذميا اذا وضع الخراج على الارض
فيؤخذ منه الجزية لسنة مستقبلة من وقت وضع الخراج قال فخر الاسلام معنى قول محمد
اذا وضع عليه الخراج اي وظف عليه لانه اذا وظف عليه فقد لزمه حكم يتعلق بالمقام
في دارنا فصار من ضرورته ان يكون ذميا ثم قال فخر الاسلام وكذلك لو لزمه عشر في قياس
قول محمد اذا اشترى ارضا عشرية يعني يكون ذميا ايضا لانهما جميعا من مؤن الارض ولو اشترى
الحربي ارض العشر صارت ارض خراج في قول ابي حنيفة فيكون ذميا اذا وجب عليه فيها
الخراج وهي ارض الخراج واحد في قول ابي حنيفة كذا ذكر الكرخي في مختصره اما اذا استاجر
الحربي ارض خراج فزرعها وخراجها على صاحبها لا يكون ذميا الا اذا كانت ارضا بالمقاسمة بنصف
ما يخرج فزرعها الحربي بعدما حكم الامام بالخراج عليه دون صاحب الارض يكون ذميا فيوضع
عليه خراج راسه ولا ينظروا الى ملك الرجل بل الى وجوب الخراج ولهذا اذا اشترى الحربي
ارض خراج بالمقاسمة فاجرها من مسلم او ذمي فاخذ الخراج من المستاجر على ما روي كان الحربي
لا يصير ذميا **قوله** فاذا لزمه اي التزم الحربي خراج الارض **قوله** من وقت وجوبه
اي وجوب الخراج **قوله** وقوله في الكتاب اي قول محمد في الجامع الصغير وهو مبتدأ وخبر
قوله نضع **قوله** فيتخرج على صيغة المبني للفاعل يقال خرجته فتخرج اي تخرج على شرط الوضع
احكام جمة اي كثيرة والجم الكثير من كل شيء قال الشاعر ان تغفر اللهم فاغفر جما واي عبد
لك لا الما والمراد من تلك الاحكام المنع من الخروج الى دار الحرب وجريان القصاص بينه وبين
المسلم ووجوب الضمان في اتلاف خمره وخنزيره ووجوب الدية في قتله خطأ فلا يغفل عنه اي
عن شرط الوضع لانه انما يثبت تلك الاحكام بعد وضع الخراج لا قبله **قوله** واذا دخلت
حربية بامان فتزوجت ذميا صارت ذمية وهذه من مسائل الجامع الصغير مع التي يليها اعلم انها
اذا تزوجت ذميا تصير ذمية تجري عليها احكام اهل الذمة بعد ذلك من نحو المنع عن الخروج
الى دارهم واخذ الخراج من ارضها وما شابه ذلك مما ذكرنا واذا تزوج الحربي ذمية لا يصير
ذميا وذلك لان المراة تابعة لزوجها في المقام والزوج ليس بتابع لها فيه فتكون المراة ذمية

لا لتزام المقام في دارنا دون الزوج واوضح الفقيه ابو الليث في شرحه للجامع بقوله
الانثوي ان الزوج والمراة اذا كانا مسافرين فنوى الزوج الاقامة صارت المراة مقيمة ولو
نوت المراة الاقامة لا يصير الرجل مقيما **قوله** ولو ان حربيا دخل دارنا بامان ثم عاد الى دار
الحرب وترك وديعة عند مسلم او ذمي او دينا في ذمتهم فقد صار دمه مباحا بالعود الى اخره
وهذه من مسائل القدوري ذكرها في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في حربي
يدخل دارنا بامان فيودع رجلا الف درهم ويقرضه الف درهم ثم يلحق بدار الحرب فيوخذ
اسيرا قال والوديعة في وبطل القرض عن الذي هو عليه وكذلك ان ظهر على الدار وقتل
فان قتل ولم يظهر على الدار فالوديعة والقرض لورثته والمسئلة الاخيرة من الخواص
وقال الشافعي يكون الوديعة لورثته وفي الديون قولان احدهما لورثته والاخر انه
مغنوم لنا ان نفسه صارت مغنومة فكذا ما كان تابعا له وهو الوديعة لان يد المودع
يده تقديرا بخلاف القرض فان يده عليه بواسطة المطالبة وبطلت مطالبته بعد الاسر والظهر
واختص به من عليه لانه احق من العامة لسبق يده فسقطت الديون لعدم الطالب اما اذا
قتل انسان ولم يظهر على الدار فالوديعة والقرض لورثته لانه لما لم تصر نفسه مغنومة
لم يصر ماله مغنوما ايضا لان الامان في حق المال باق فيرد على ورثته وقتله وموته سوا
ولا يقال ينبغي ان يكون وديعته فيا في هذه الصورة كما في الاولى كما اذا اسلم في دارنا وله
وديعة في دارهم عند حربي او مسلم او ذمي ثم ظهر على الدار فانه يكون فيا لانا نقول
الوديعة في دارهم ليست كالوديعة في دارنا لان دارهم ليست بدار العصمة ودارنا دار العصمة
فكانت الوديعة معصومة في دارنا لان دارهم ليست بدار العصمة ودارنا دار العصمة
فكانت الوديعة معصومة في دارنا وقت الايداع فبقيت كما كانت فان قيل
ينبغي ان يكون الوديعة في الصورة الاولى لورثته كما قال الشافعي كما اذا مات في دار الاسلام
قلنا اذا مات في دارنا مات في امان وماله في امان فكان
لورثته بخلاف ما اذا مات او قتل بعد الظهور على دارهم او استرق زال الامان عن دمه
فكذا عن ماله فظهر الفرق **قوله** وما في دار الاسلام من ماله على خطر اي على تردد
وبين التردد بحرف الغاية في قوله فان اسر او ظهر الى اخره وهذا لان قرضه يسقط ووديعته
تكون فيا في صورة وتكون الجميع لورثته في صورة وقد مر التقرير **قوله** وقال وما اوجف
المسلمون عليه من اموال اهل الحرب بغير قتال يصرف الى مصالح المسلمين كما يصرف الخراج
اي قال القدوري يقال وجف البعير وجفا ووجيفا وهو ضرب من سير الابل وربما
استعمل في الخيل واوجفت البعير اذا حملته على الوجيف والاصل فيه قوله تعالى وما
افاء الله على رسوله منهم فما اوجفتم عليه من خيل ولا ركاب اي فلم يكن ذلك بايجاف خيل
او ركاب منكم على ذلك يعني لم تحصل ذلك بحملكم وسعيكم بل بالقاء الرعب في قلوبهم ثم قال ما
افاء الله على رسوله من اهل القرى فلله وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن
السبيل كيلا يكون دولة بين الاغنياء منكم اي شدة اولا يتداوله الاغنياء بينهم دون الفقرا
ثم قال للفقرا المهاجرين ثم قال والذين تبوؤا الدار والايمان من قبلهم وهم الانصار ثم
قال والذين جاؤا من بعدهم وهم المسلمون الى يوم القيامة فاستوعبتهم الاية فلم يبق احد
من المسلمين الا كان له فيها حق فيصرف في مصالحهم كالخراج والجزية في عمارة الرباطات

والقناطر

والقناطر والجسور وسد الثغور وكري الانهار العظام التي لا ملك لاحد فيها كجيحون والفرات
ودجلة ويصرف الى ارزاق القضاة والولاة والمحتسبين والمعلمين وارزاق المقاتلة ويصرف
الى رصد الطريق عن اللصوص وقطاع الطريق وقال الشافعي يقسم ما اوجف عليه المسلمين
فاربعة اخماسه للنبي عليه السلام وخمسه يقسم كما يقسم خمس الغنيمة وخمس الخمس للنبي عليه
السلام في نصيبه بعد وفاته قولان في قول يصرف الى مصالح المسلمين وفي قول الى المقاتلة
وكذلك قال في الجزية وهو محجوج بالاية لانه اذا قسم لا يكون حق لسائر المسلمين بعد المهاجرين
والانصار وايضا تكون دولة بين الاغنيا وهو ايضا مخالف للاية وقوله في الجزية خمس قياسا
على الغنيمة مخالف للسنة والاجماع اما السنة فلان النبي عليه السلام اخذ الجزية من مجوس هجر
ونصارى نجران وفرض الجزية على اهل اليمن على كل حالم دينارا فلم يكن في ذلك خمس بل كان
ذلك بين جماعة المسلمين واما الاجماع فلان هذا قول لم يقل به احد غيره الا ترى الى ما قال
الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره وهذا ما قاله احد قبله ولا بعده ولا في عصره فان
قيل حدث صاحب السنن باسناده الى الزهري عن
مالك بن اوس بن الحدثان عن عمر رضي الله عنه قال كانت اموال بني النضير مما افاء الله على رسوله
فالم يوجف المسلمون عليه بخيل ولا ركاب كانت لرسول الله صلى الله عليه وسلم خالصا
ينفق على اهل بيته قوت سنة فما بقي جعله في الكراع والسلاح عدة في سبيل الله قلت
ليس فيه حجة للخصم لان معناه ان يكون له التصرف خالصا لئلا يلزم المخالفة بينه وبين الاية
التي تلوناها يدل على هذا ما روى صاحب السنن باسناده الى عروة بن الزبير عن عايشة زوج
النبي عليه السلام انها اخبرته ان فاطمة بنت رسول الله ارسلت الى ابي بكر الصديق تسأله
ميراثها من رسول الله عليه السلام مما افاء الله عليه بالمدينة وفدك وما بقي من خمس خيبر
فقال ابو بكر رضي الله عنه ان رسول الله قال لا نورث ما تركنا صدقة انما ياكل ال محمد من
هذا المال واني والله لا اغير شيا من صدقة رسول الله عليه السلام عن حالها التي كانت عليها
في عهد رسول الله عليه السلام ولاعملن فيها بما عمل به رسول الله عليه السلام فابى ابو بكر ان
يدفع الى فاطمة منها شيا يعني قوله انما ياكل ال محمد من هذا المال اي ليس لهم ان يزيدوا على
الماكل فان قيل الغنيمة تخمس فيجب ان تخمس الفيء ايضا
لان كلا منهما كان مال المشركين رجع الى المسلمين قلنا
لا نسلم ان القياس صحيح لوجود الفارق بين المقيس والمقيس عليه لان الفيء رجع بغير قتال
والغنيمة بقتال ولان الغنيمة حصلت بسببين مختلفين احدهما الرعب الواقع على الكفار بظهر
المسلمين والاخر مباشرة الغزاة القتال فلما كان السبب مختلفا اختلف الاستحقاق ايضا
توجب الخمس يعني الرعب واربعة الاخماس للغزاة لمباشرة القتال بخلاف الفيء فانه
حصل بسبب واحد وهو الرعب بظهر المسلمين لانه لم يوجد السعي من الغزاة فلم يتبعض
الاستحقاق فكان بين جماعة المسلمين **قوله** هو مثل الاراضي التي اجلوا اهلها عنها
اي الذي اوجف المسلمون عليه من اموال اهل الحرب بغير قتال مثل الاراضي التي اجلى
المسلمون اهلها عنها وقوله والجزية بالجر عطفا على قوله الاراضي اي مثل الاراضي
ومثل الجزية وقوله وفي مثل هذا اي فيما اوجف المسلمون عليه ومعنى اجلوا اخرجوا **قوله**
وهو ما ذكرناه اشارة الى قوله لانه مال ماخوذ بقوة المسلمين بغير قتال **قوله**

واذا دخل الحربي دارنا بامان وله امراة في دار الحرب واولاد صغار وكبار ومال اودع
بعضه ذميا وبعضه حربيا وبعضه مسلما فاسلم ههنا ثم ظهر على الدار فذلك كله فيء
وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة اعلم ان الحربي اذا خرج الينا ثم اسلم فجميع ماله
في دار الحرب وزوجته واولاده الصغار والكبار فيء اي غنيمة اذا ظهر على الدار لان تباين
الدار قاطع للعصمة لقوله تعالى للفقراء المهاجرين الذين اخرجوا من ديارهم واموالهم
فصاروا فيئا اما الزوجة واولاده الكبار فلعدم التبعية بالبلوغ واما الاولاد الصغار
فلانهم لما لم يكونوا في يده لتباين الدارين لم يمكن ان يتبعوا مسلمين تبعا لابيهم فصاروا فيئا ايضا
وكذا الجنين لانه تابع للام في الرق والحرية وكذا ودايعه في دار الحرب لانه حين فارق
دار الحرب كان المال مال حربي غير معصوم فلما اسلم في دارنا لم تحرزه فلم يثبت اليد عليها
لا حقيقة ولا حكما فبقي المال غير معصوم فكان فيئا اما اذا اسلم في دارهم ثم خرج الينا فجميع
ماله ثمه فيء الا اولاده الصغار وما كان وديعة عند مسلم او ذمي كذا ذكر الحاكم الجليل
الشهيد في الكافي اما زوجته واولاده الكبار فلانهم حربيون وكذا ما في بطنها لانه تبع
للام والاولاد الصغار احرار مسلمون تبعا لابيهم حين اسلم ابوهم ثمه حيث كانوا تحت يده
فلا يكونون فيئا فكذا ودايعه عند مسلم او ذمي لا يكون فيئا لانه حين اسلم كانت تحت يد
نائبه وهو المودع ويد نائبه كيده تقديرا فلو كانت في يده لم يكن فيئا فكذا في يد نائبه
بخلاف ما اذا كان غصبا عند مسلم او ذمي حيث يكون فيئا لان يد الغاصب ليست بصحيحة
وبخلاف ما اذا كانت الوديعة عند حربي لان يده ليست محترمة فكانت فيئا وما في
التقريب في باب الغنايم فستطرته قوله فاسلم ههنا اي في دار الاسلام قوله
ثم ظهر على الدار اي على دار الحرب قوله وكذلك ما في بطنها لو كانت حاملا لما قلنا انه
اشارة الى ما قال في باب الغنايم بقوله ولنا انه جزؤها فيرق برقها قوله اذا كان
في يده اي اذا كان الصغير في يد الاب قوله وكذا امواله لا تصير محرزة باحرازه
نفسه يعني ان الحربي وان احرز نفسه باسلامه في دارنا لا تصير امواله في دار الحرب
محرزة لتباين الدارين قوله وما كان من مال اودعه مسلما او ذميا فهو له اي للحربي
اسلم ثم خرج الينا ثم ظهر على دارهم وقيد بالايداع لان ما كان غصبا يكون فيئا على ما بينا
من رواية الحاكم الشهيد بلا ذكر الخلاف لكن قال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير
اذا كان غصبا عند مسلم او ذمي صار فيئا لعدم النيابة ثم قال وعند ابي يوسف ومحمد
يجب ان لا يكون فيئا الا ما كان غصبا عند حربي وقاسه على ما اذا اسلم ولم يهاجر الينا ثم
ظهر على الدار حيث لا يكون فيئا عندهما ما كان غصبا عند مسلم او ذمي لان العصمة المال
تابعة لعصمة النفس وقد استفاد باسلامه في النفس عصمة موثمة فتعقبها من
الاستيلا فكذا فيما هو تابع له ولابي حنيفة رضي الله عنه ان هذا مال ليس معصوم
فصار فيئا كالعقار بيانه ان المال في الاصل غير معصوم وانما عصمته بالاحراز الذي
يثبت العرق ولم يوجد لانه لم يدخل تحت يد معصومة فاما النفس فعصمتها نوعان
اصلية وعارضية الاصلية هي المؤثمة والدافعة لانه خلق حرا له حق الخلافة
ومن ضرورته الحرية والعصمة ولكن ذلك يبطل بعدوان الكفر فاذا عدم عاد فالعصمة
الاصلية واما العصمة المقومة فعارضة فلم تثبت الا بالاحراز وكل عصمة المال

عارضة

عارضة فلهذا افترقا هذا تقريره واما العقار فعند الشافعي لا يكون فيئا وقد مر بيانه في باب الغنايم
قوله وما سوى ذلك اراد به المراة والاولاد الكبار والمال الذي غصبه مسلم او ذمي او كان
مودعا عند حربي قوله فلما قلنا اشارة الى قوله لانهم حربيون كبار قوله واذا اسلم الحربي
في دار الحرب فقتله مسلم عمدا او خطأ وله ورثة مسلمون هناك فلا شيء عليه الا الكفارة في الخطأ وهذه
من مسائل الجامع الصغير وهي الرواية المشهورة عن ابي حنيفة وابي يوسف في الجامع الصغير وعن
وروي عن ابي حنيفة قال لا دية عليه ولا كفارة من قبل ان الحكم لم يجر عليهم وعن ابي يوسف قال استحسنه
الدية واجعل عليه في الخطأ الكفارة واستحسن ذلك وادع القياس كما قال ابو حنيفة كذا
ذكره الكرخي في مختصره وقال الشافعي عليه القود في العمد والدية في الخطأ وجه قول الشافعي
قوله عليه السلام فاذا قالوها عصموا مني دماءهم واموالهم ووجه ما روي عن ابي يوسف انه تحقق
الدم لاجل اسلامه وكونه في دار الحرب لا ينفي تقوم دمه كالتاجر ووجه الظاهر قوله تعالى فان
كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة وكان ابو حنيفة يتاول هذه الاية في الذين اسلموا في
دار الحرب وجه الاستدلال بالاية ان الله تعالى ميز بين المؤمن المطلق وبين المؤمن الذي هو من
عدو لنا في حق الحكم المختص بالقتل فجعل الحكم في الاول الدية والكفارة بقوله فتحرير رقبة مؤمنة ودية
مسلمة الى اهله وفي الثاني الكفارة دون الدية بقوله تعالى فتحرير رقبة بيان هذا من وجهين احدهما
انه ذكر بحرف الفاء وهي للجزاء والجزاء اسم لما يكون كافيا فاذا كان كافيا كان كل الموجب ضرورة والثاني
انه كل الحكم المتعلق انه كل المذكور وهذا ظاهر لانه لم يذكر غيره فلما كان كل المذكور كان كل الحكم
لان القصد من بيان الشارع اقامة مصلحة العبد واخراجه عن عهدة الحكم المتعلق بالحادثة ولا
يتحقق ذلك الا ببيان كل الحكم بلا اخلال فثبت انه كل الحكم ولا يكون غيره مرادا ولان السكوت
في موضع بيان الحاجة الى البيان بيان فكان ذكر التحرير والسكوت عن غيره بيانا على ان غيره ليس
بمراد والمعقول في المسئلة ان الكفارة وجبت جزاء للجناية على العصمة المؤثمة الثابتة بالاسلام
واما الدية فانما تجب باعتبار الجناية على النفس المعصومة بالعصمة المقومة والتقوم امر زايد
على اصل العصمة لانه من صفات العز فلا يثبت الا بالاحراز بدار الاسلام وهذا لان الاصل
في العصمة المقومة المال لا النفس فلا يثبت التقوم في المال الا بالاحراز كما في ساير الاشيا
المباحة فكذا لا يثبت التقوم في النفس التي هي تابعة للمال في العصمة المقومة الا بالاحراز
ولم يوجد الاحراز فلا يثبت التقوم فلا تجب الدية لعدم التقوم فاذا دخل دارنا فحينئذ
يكون محرزا والسلطان وليه في القتل والصلح دون العفو فان قيل
لا نسلم ان المراد من قوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن الذي لم يهاجر الينا بل المراد
منه الباغي فانه مؤمن من قوم عدو لنا والشافعي لا يوجب الدية في قتل الباغي ايضا قلنا
المراد منه هو الذي لم يهاجر بالنقل عن ايمة التفسير وقد دل اطلاق اسم العدو على ذلك لان العدو
المطلق لنا هو الكافر لا الباغي فان الباغي ان كان من قوم عدو لنا من حيث الدنيا لكن من قوم هم
اصدقا لنا من حيث الدين والدار والكافر عدو لنا دينا ودارا قوله وله ورثة مسلمون اي للحربي
الذي اسلم في دار الحرب قوله هنالك اي في دار الحرب قوله فلا شيء عليه اي على القاتل
المسلم قوله لكونه مستجلبا للكرامة اي لكون الاسلام يعني ان العصمة تثبت بها النعمة والكرامة
فتتعلق بما له اثر في استحقاق الكرامة وهو الاسلام لانه منشا كل سعادة وكرامة فيتعلق
العصمة المقومة به كالمؤثمة لا بالدار التي هي جماد لا اثر له في استحقاق الكرامات قوله

فيتعلق بما علق به الاصل اي يتعلق الوصف وهي المقومة بالاسلام الذي علق به الاصل وهي المؤثمة فيثبت العصمتان جميعا بالاسلام فتجب الكفارة والدية بقتل الذي لم يهاجر الينا **قوله** ولان العصمة المؤثمة بالادمية يعني ان الاصل في الادمي ان يكون معصوما وانما يبطل العصمة بعارض الكفر فاذا انعدم الكفر بالاسلام عادت العصمة وانما كان الاصل ذلك لانه خلق جزاله حق الخلافة صالحا لحمل التكليف وانما يتحقق هذا بكونه حرام التعرض اذ لو كان مباح التعرض لم يتمكن من اقامة اعباء التكليف والمال ليس كذلك فانه خلق في الاصل مباح التعرض وانما العصمة بعارض الاحراز والتقوم في المال اصل دون النفس وهذا لان التقوم لجبران الفائت وذلك مبني على التماثل اما صورة ومعنى كما في ذوات الامثال واما معنى كما في ذوات القيم واعتبار التماثل صورة ومعنى او معنى لجبران الفائت لا يكون الا في المال فكان التقوم في المال اصلا ولا يقال انه محرز بدارهم فتثبت العصمة المقومة لانا نقول العصمة من صفات العزة وهي بالمنعة ولا اعتبار لمنعة الكفرة لبطلانها فلا تثبت العصمة **قوله** والقيام بها اي باعباء التكليف اي باتيان له جمع عبء وهو كل ثقل من غرم او غيره **قوله** والمرتد والمستامن في دارنا من اهل دارهم جواب سوال مقدر بان يقال لو كانت العصمة المقومة بدارنا وهما في دارنا لكان في قتلهما الدية فاجاب عنه وقال انهما من اهل دار الحرب حكما لقصد الانتقال اليها فلم يجب شيء **قوله** ومن قتل مسلما خطأ لا ولي له او قتل حربيا دخل الينا بامان فاسلم فالدية على عاقلته للامام وعليه الكفارة وهذه من مسائل الجامع الصغير وانما وجب الدية والكفارة لان ذلك حكم قتل المومن خطأ بقوله تعالى ومن قتل مومنا خطأ فتحرير رقبة مومنة ودية مسلمة الى اهله والمستامن لما اسلم صار من اهل دارنا فصار حكمه حكم سائر المسلمين والامام ياخذ ديته ويضعها في بيت المال لعدم الوارث اما اذا كان القتل عمدا فصار حكمه حكم سائر المسلمين فالامام بالخيار ان شاء قتل القاتل وان شاء اخذ الدية اذا رضي القاتل بالدية وليس له ان يعفو اما وجوب القصاص فلقوله عليه السلام السلطان ولي من لا ولي له فاذا كان السلطان وليا كان له ولاية اخذ القصاص واما الصلح عن الدية فلما روي ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه لما قتل راى عبيد الله بن عمر هرمزان وفي يده خنجر فظن انه هو الذي قتل عمر فقتله فلما ولي عثمان بن عفان قال علي بن ابي طالب لعثمان اقتل عبيد الله فقال عثمان قتل ابوه بالامس وانا اقتله اليوم لا افعل ولكن هذا الرجل من اهل الارض يعني ان هرمزان من اهل الحرب وانا وليه فاعفوا عنه واودي ديته ولان الدية انفع للعامة من القود والحق للعامة والامام كالنائب عنهم فكان له ان يصالح على الدية وليس له ان يعفو بغير شيء لانه اصطناع بالمعروف في حق غيره وليس له ذلك وانما الولاية بطريق النظر ولا نظر في ابطال حق الغير بغير شيء واما اذا كان المقتول لقيطا فقتله الملتقط او غيره خطأ تجب الدية لبيت المال على عاقلة القاتل والكفارة عليه لما قلنا واذا كان القتل عمدا فان شاء الامام قتله وان شاء صالحه على الدية عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف الدية عليه في ماله ولا اقتله به من قبل اني لا اعرف له وليا كذا ذكر الحاكم الشهيد في الكافي وشمس الائمة البيهقي في الشامل في قسم المبسوط وجه قول ابي يوسف انه لا يخلو عن ولي كالاب ونحوه ان كان ابن رشدة وللام ان كان ابن زنية فاشتبه من له حق القصاص فلا يستوفي ووجه قولهما قوله عليه السلام السلطان ولي من لا ولي له فيكون السلطان وليه لا وليه لان اللقيط لا ولي له لان وليه مجهول والمجهول وجوده وعدمه سواء لانه لا ينتفع برايه فيستوفي قوله ومعنى قوله للامام ان حق الاخذ له يعني ان الدية على عاقلته للامام على معنى ان له ان ياخذها ويضعها في بيت المال لا انها تكون ملكا له **قوله** هو القود عينا اي القصاص معينا والله اعلم

باب العشر والخراج

لما ذكر ما به يصير الحربي ذميا شرع في بيان الخراج الذي يجب عليه وذكر العشر بسبيل التبعية لان سبب كل منهما الارض النامية وقدم العشر في الذكر لانه من الوظائف الواجبة على المسلمين وفيه معنى القربة فكان بسبقه احق **قوله** ارض العرب كلها ارض عشر وهو ما بين العذيب الى اقصى حجر باليمن بمهرة الى حد الشام والسواد ارض خراج وهو ما بين العذيب الى عقبة حلوان ومن الثعلبية ويقال من العلث الى عبادان وهذه من مسائل القدوري قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره ارض العرب كلها ارض عشر وهي ارض الحجاز وتهامة ومكة واليمن والطائف والبرية اعلم ان حد ارض العرب من اول العذيب والقادسية الى اقصى حجر باليمن بمهرة طولا ومن يبرين والدهنا ورمل عالج الى مشارف الشام عرضا ومشارف الشام قراها وهي كلها ارض العشر لان النبي عليه السلام والخلفاء الراشدين بعده لم ياخذوا من ارض العرب الخراج والارض لا تخلو من احد الحقين فدل على انها عشرية ولان الخراج بمنزلة الفيء من حيث انه لا يبتدأ المسلم فلا يجوز وضع الخراج في ارضهم كما لا يجوز وضعه في رقابهم لان شرط وضعه اقرار اهل الارض عليها على الكفر ولا يقر العرب على الكفر لانه لا يقبل منهم الا الاسلام او السيف ولهذا وضع عمر الخراج على السواد كلها حين افتتح عنوة على يدي سعد في خلافة عمر وكذا وضعه على مصر حين افتتحت صلحا على يدي عمرو بن العاص وكذا وضعه على الشام حين افتتح عمر بن الخطاب بيت المقدس ومدن الشام كلها صلحا دون اراضيها واما اراضيها فافتتحت عنوة على يدي يزيد ابن ابي سفيان وشرحبيل بن ابي حسنة وابي عبيدة بن الجراح وخالد بن الوليد فاما اجنادين من الشام فقد افتتح صلحا في خلافة ابي بكر رضي الله عنه ثم اعلم ان المراد من السواد المذكور سواد الكوفة وهو سواد العراق وحده من العذيب الى عقبة حلوان عرضا ومن العلث الى عبادان طولا وما قيل من الثعلبية الى عبادان غلط لان الثعلبية من منازل البادية بعد العذيب بكثير واما سواد البصرة فالاهواز وفارس والبصرة نفسها عشرية باجماع الصحابة وذكر الامام ابو اسحاق الفارسي القاضي المعروف بالاصطخري في كتاب المسالك والممالك واما العراق فانها في الطول من تكريت الى عبادان على نحو فرسخ في العرض ببغداد والكوفة من القادسية الى حلوان وعرضها بواسط من واسط الى عرب الطيب وعرضها بالبصرة من البصرة الى جبى بيان الالفاظ اما العشر فهو احد الاجزاء العشرة والخراج اسم ما يخرج من غلة الارض او الغلام ثم سمي ما ياخذه السلطان خراجا فيقال ادى فلان خراج ارضه وادى اهل الذمة خراج رؤوسهم يعني الجزية كذا ذكر المطرزي ومهرة قبيلة من اليمن اليها ينسب الابل المهرية كذا في ديوان الادب والعذيب اسم ماء لتميم والعلث بالعين المهملة المفتوحة واللام الساكنة قرية موقوفة على العلوية على شرقي دجلة وهو اول العراق وعبادان حصن صغير على شط البحر وياتي البيان من في باب زكاة الزروع **قوله** قال وارض السواد مملوكة لاهلها يجوز بيعهم لها وتصرفهم فيها اي قال القدوري في مختصره والاصل فيه ان الامام اذا فتح بلدا عنوة له ان يقر اهلها عليها بوضع الخراج عليها والجزية على رقابهم لكن يضع الجزية عليهم اذا لم يسلموا ويضع الخراج على الاراضي اسلموا او لم يسلموا كما فعل عمر بسواد العراق

فلما جاز اقرارهم علي اراضيهم كانت مملكا لهم يتصرفون فيها كيف شاؤا بيعا وغير ذلك
وقد مر تمام التقرير في اول باب الغنايم وبنظريته واليه اشار في المتن بقوله وقد قررنا
من قبل وقال الشافعي يقسمها ويخمسها ولا يقر اهلها عليها والحجة عليه فعل عمر رضي الله
عنه حين فتح العراق بحضرة الصحابة من غير نكير وقد مر الجواب عن انكار بلال في اول
باب الغنايم فان قلت المنقول لا يجوز فيه ترك القسمة فينبغي ان لا يجوز ذلك
في غير المنقول ايضا لان كلا منهما مال مغنوم وفي ترك القسمة يلزم الضرر بالغانمين
قلت ليس في ترك القسمة في المنقول منفعة عايدة الي المسلمين فلم يجز
بخلاف تركها في غير المنقول حيث يكون فيه منفعة تعود الي المسلمين وهي الخراج فجاز ترك
القسمة في الارض كما في اول باب قوله وكل ارض اسلم عليها اهلها او فتحت عنوة وقسمت
بين الغانمين فهي ارض عشر اي قال القدوري في مختصره ومعني عنوة قسرا وقهرا وانما
كان العشر فيها لان الحق المتعلق بها ابتدي به المسلم فكان الاليق بحالة العشر لان فيه معني
العبادة بخلاف الخراج فانه ليس فيه معني العبادة ولان العشر اخف من الخراج لان العشر
لا يجب ما لم يوجد الخارج تحقيقا بخلاف الخراج فانه يجب بالخارج تقديرا ايضا بالتمكن
من الزراعة وكذلك المسلم اذا اتخذ داره كرما او بستانا فهي عشرية اذا كانت لا تسقي
بما الخراج فاما اذا كانت تسقي بما الخراج فهي خراجية وكذلك المسلم اذا احيي ارضا ميتة
باذن الامام وهي تسقي بما السما او بما عين استنبطها باذن الامام في ارض ميتة عشرية
وكذلك اذا كانت تسقي من نهر ياخذ من انهار العشر وعيونها او فناتها فهي عشرية
ولو كانت تسقي بنهر شق لها من الانهار العظام التي ليست بملك لاحد كجيحون
والفرات ودجلة وغيرها ففيه روايتان في رواية عشرية وفي رواية خراجية
وذكر الكرخي في مختصره انها عشرية كذا ذكر في شرح الطحاوي قوله
وكل ارض فتحت عنوة فاقر اهلها عليها فهي ارض خراج وكذلك اذا صالحهم
وذلك لان الحق المتعلق بها يبتدا به الكافر والخراج اليق به لان فيه معني العقوبة
ولان فيه تغليظا لوجوبه بالتمكن من الزراعة وكان القياس علي هذا ان يكون مكة
خراجية لانها فتحت عنوة واقر اهلها عليها علي ما مر بيان ذلك في اول باب الغنايم
لكن لما لم يوظف رسول الله صلى الله عليه و[عليه] السلام عليها الخراج اعتبرت عشرية
وكذلك المسلم اذا احيي ارضا ميتة وهي تسقي من نهر من انهار الخراج فهي خراجية وكل
ارض يسقي من عين او نهر او قناة او بير استنبط من مال بيت المال فهي ارض الخراج
وكذلك الذمي اذا احيي ارضا ميتة او رضخ له الامام ارضا من الغنيمة وقد كان قاتل
مع المسلمين او اتخذ داره كرما او بستانا فهي خراجية كذا في شرح الطحاوي وقد
مر بيان الذمي اذا اشتري ارضا عشرية في باب زكاة الزرع والثمار وبيان الماء
العشري والخراجي مر ذلك في الباب اعلم ان فتح السواد والشام ومصر قد بيناه
قبل هذا واما خراسان ومروروذ فكان فتحهما في خلافة عثمان بن عفان صلحا
علي يدي عبد الله بن عامر بن كريز واما ما وراءها فانه افتتح بعد عثمان علي يدي
سعيد بن عثمان بن عفان لمعاوية صلحا سمرقند وكش ونسف وبخارا وبعد ذلك
علي يدي المهلب بن ابي صفرة وقتيبة بن مسلم واما الري فان ابا موسي افتتحها في

ولاية

ولاية عثمان صلحا واما طبرستان فتحها سعيد بن العاص في ولاية عثمان صلحا ثم فتحها عمرو بن العلاء
والطالقان ودنباوند سنة سبع وخمسين ومائة واما جرجان فافتتحها يزيد بن المهلب في خلافة
سليمان بن عبد الملك سنة ثمان وتسعين واما كرمان وسجستان ففتحها عبد الله بن عامر في خلافة
عثمان صلحا واما الجبل فافتتح كله عنوة في وقعة جلولا ونهاوند علي يدي سعد والنعمان بن مقرن واما
الاهواز وفارس واصبهان فافتتحت عنوة لعمر علي يدي ابي موسي وعثمان بن ابي العاص وعتبة بن غزوان
وكانت اصبهان علي يدي ابي موسي خاصة واما الجزيرة فانها فتحت صلحا علي يدي عياض بن غنم والجزيرة
ما بين الفرات ودجلة والموصل من الجزيرة واما هجر فانهم ادوا الجزية الي رسول الله عليه السلام
وكذلك دومة الجندل واما اليمامة فافتتحها ابو بكر رضي الله عنه واما ارض الهند فافتتحها
القاسم بن محمد الثقفي سنة ثلاث وتسعين كذا ذكر المغني قوله وفي الجامع الصغير كل ارض فتحت
عنوة فوصل اليها ما الانهار الي اخره ولفظ الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه قال
كل ارض فتحت عنوة بالقتال والحرب فصارت ارض خراج وكل شي يصل اليها ما الانهار فهي ارض الخراج
وكل شي لم يصل اليها ما الانهار فاستخرج منه عين فهي ارض عشر والارض التي اسلم عليها اهلها فهي ارض
عشر وهذه الجملة مذكورة في كتاب الزكاة في الاصل وتفسيره ما ذكره الفقيه ابو الليث في شرحه
الجامع الصغير بقوله ولو كانت البلدة خراجية فاحيي رجل في بعض النواحي فان سقاها من عين
استنبطها او من ما السما فهي عشرية وان سقاها من الانهار الصغار فهي خراجية وان سقاها من
الانهار العظام فقد روي عن محمد في هذا روايتان في رواية ابي سليمان تكون خراجية وتجعل لها
تابعة للبلدة وفي رواية هشام عن محمد تكون عشرية لان هذا مباح فصار كما السما الي هنا لفظ
الفقيه والاصل في هذا ان العشر والخراج يتعلقان بالارض النامية ونماوها بما فلهذا اعتبر
الما العشري والخراجي سوا اقر عليها اهلها او قسمت بين الغانمين قوله ومن احيي ارضا مواتا
فهي عند ابي يوسف معتبرة بحيزها فان كانت من حيز ارض الخراج ومعناه بقربها فهي خراجية
وان كانت من حيز ارض العشر فهي عشرية وهذه الي الاخر من مسايل القدوري والمراد من قوله ومن
احيي ارضا المسلم فان الذمي اذا احيي ارضا مواتا تكون خراجية علي ما ذكرنا من رواية شرح الطحاوي
قبل هذا ثم اعلم ان ابا يوسف يعتبر في احيا الارض بالحيز فان كان الحيز خراجيا يجعلها خراجية وان
كان عشريا يجعلها عشرية وكان القياس علي هذا ان تكون البصرة عنده خراجية لكونها من حيز
ارض الخراج وان احياها المسلمون الا ان القياس ترك باجماع الصحابة علي توظيف العشر عليها وقال
محمد ان احياها بعين استنبطها او بير حفرها او بما دجلة والفرات او الانهار العظام التي لا
يملكها احد فهي عشرية وكذا اذا احياها بما السما وان احياها بما الانهار التي حفرها الاعاجم كنهر الملك
ونهر يزدجرد فهي خراجية وجه قول ابي يوسف ان حيز الارض له حكم الارض الا تري ان احيا
ما قرب من العامر لا يجوز لكونه في حكم العامر ولهذا يعطي لفنا الدار حكم الدار في الانتفاع
به لصاحبها وان لم يكن الفنا ملكا له فلما كان كذلك وجب اعتبار الارض المحياة بالحيز خراجيا كان
او عشريا ووجه قول محمد ان النما للارض يحصل بالما فيعتبر الما وقد مر تقريره ولان الخراج لا
يوضع علي المسلم ابتدا اكرها لان فيه معني العقوبة فيعتبر الما لانه اذا زرع بالانهار المملوكة
صار ذلك دليل التزام الخراج فتكون الارض خراجية قوله ومعناه بقربها اي معني قول
القدوري بحيزها بقربها قال في ديوان الادب الحيز الناحية وجمعه احياز جمع لفظه واصله من
الواو وقال في المجمل العباس احواز قوله والبصرة عنده عشرية باجماع الصحابة اي عند ابي

يوسف هذا جواب عما يرد عليه من السوال وقد اندرج بيانه فيما قلنا انفا **قوله** مثل نهر الملك
ونهر يزدجرد ونهر الملك قريب من بغداد على طريق الكوفة والمراد من الملك كسرى انوشروان
بن قباذ وكان جميع ملكه سبعا واربعين سنة وسبعة اشهر وكسرى ابرويز من اولاده وهو برويز بن هرمز
ابن كسرى انوشروان وقام على الملك ثمانيا وثلاثين سنة واما يزدجرد فهو يزدجرد ابن شهريار بن
كسرى ملك وهو ابن خمسة عشر سنة ثم لما قتل رستم في قتال سعد ابن ابي وقاص بالقادسية هرب
يزدجرد الى مرو في طريق سجستان فقتل هنالك وكان جميع ملكه عشرين سنة ورايت في بعض كتب
التواريخ ان يزدجرد بن شهريار ابن ابرويز اخر ملوك العجم ولم يزل منهزما من اصحاب رسول الله
عليه السلام الى خراسان والى بلاد الترك وعاد فقتل بمرو وكان ذلك في سنة احدى وثلاثين في خلافة
عثمان رضي الله عنه **قوله** والخراج الذي وضعه عمر على اهل السواد من كل جريب يبلغه الماء قفيز
هاشمي وهو الصاع ودرهم ومن جريب الرطبة خمسة دراهم ومن جريب الكرم المتصل والنخل المتصل
عشرة دراهم وهذا لفظ القدوري في مختصره اعلم ان القفيز الواجب في الخراج مطلق عن قيد الهاشمي
والحجاجي في اكثر كتب الفقه كالكافي للحاكم الشهيد والشامل وشرح الطحاوي وشروح الجامع الصغير
للفقيه ابي الليث وفخر الاسلام البزدوي وغير ذلك وقال الولوالجي في فتاواه القفيز هو الحجاجي
لعدما فقد وانه يسع فيه ثمانية ارطال وهي اربعة امنا وفي قول ابي يوسف خمسة ارطال وثلث رطل
وكذلك قال في خلاصة الفتاوى قلت هذا هو الصحيح لان محمدا ذكر في اول كتاب الخراج من الاصل
فما كان من ارض الخراج من عامر او غامر مما يبلغه الماء مما يصلح للزرع ففي كل جريب قفيز ودرهم في كل
سنة زرع ذلك صاحبه في السنة مرة او مرارا او لم يزرعه كله سوا وفيه كل سنة قفيز ودرهم
في كل جريب زرع والقفيز قفيز الحجاج وهو ربع الهاشمي وهو مثل الصاع الذي كان على عهد النبي عليه
السلام ثمانية ارطال الى هنا لفظ محمد في الاصل ولان الحجاج كان يمن على اهل العراق بصاع عمر
وصاع عمر صاع النبي عليه السلام فاذا كان عمر هو الحجاجي الذي هو صاع رسول الله عليه السلام فكيف
يقدر عمر الخراج بالصاع الهاشمي الذي ليس صاع رسول الله عليه السلام ولهذا قال ابو يوسف
في كتاب الخراج تصنيفه حدثني السري عن الشعبي ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه فرض على الكرم عشرة
وعلى الرطبة خمسة وعلى كل ارض يبلغها الماء عملت او لم تعمل درهما ومختوما قال عامر هو الحجاجي
وهو الصاع الى هنا لفظ ابي يوسف في كتاب الخراج فعلم ان فيما ذكره صاحب الهداية والنافع
مقيدا بالهاشمي نظر والصاع الهاشمي اثنان وثلاثون رطلا وقد مر بيان ذلك مستوفى في باب صدقة
الفطر والمراد من القفيز الواجب قفيز مما يزرع فيها كذا ذكر في شرح الطحاوي وقال الامام ظهير
الدين انه قفيز من حنطة او شعير والمراد من الدرهم درهم يوزن وزن سبعة وبيان ذلك مر في كتاب
الزكاة والاصل في توظيف الخراج ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه انه بعث حذيفة ابن
اليمان وعثمان بن حنيف الى سواد الكوفة وامرهما ان يضعا عليه الخراج فوضعا على كل جريب
من المزارع قفيزا ودرهما وعلى كل جريب من الرطاب خمسة دراهم وعلى كل جريب من الكرم
عشرة دراهم فلما رجعا قال لهما لعلكما حملتماها ما لا تطيق فقالا لا بل حملناها ما تطيق ولو زدنا لها
لاطاقت قال ابو يوسف في كتاب الخراج وكان عثمان عاملا على شط الفرات وحذيفة على ما وراء
دجلة من جوخى وما سقت قال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير وانما كان هذا رسما وظفه
عمر رضي الله عنه فصار حكما شرعيا لانه كان بحضرة الصحابة من غير نكير فعلم بهذا ان الخراج
يوضع بقدر الطاقة فيعتبر ذلك فيما لم يرد فيه الاثر كالبستان من ارض الخراج وكذلك ارض

الزعفران

الزعفران وقالوا البستان كل ارض يحوطها حائط وفيها نخيل متفرقة واشجار وبيان قدر الجريب
وخراج المقاسمة مر في باب زكاة الزرع والثمار وبيطوعه وحذيفة ابن اليمان رضي الله عنه هو
حذيفة بن حسيل بن جابر بن ربيعة بن عمرو وابن اليمان وانما قيل حذيفة بن اليمان لانه من ولد اليمان
قال ابن سعد حذيفة بن اليمان العبسي حليف بني عبد الاشهل يكنى ابا عبد الله سكن الكوفة وتوفي
بالمداين سنة ست وثلاثين وقد جاءه نعي عثمان كذا قال ابن شاهين وقال القتيبي في كتابه عن الحسن
انه قال كان حذيفة رجلا من بني عبس فخيره رسول الله فقال ان شئت كنت من المهاجرين وان
شئت كنت من الانصار فقال من الانصار قال وانت من الانصار ولحذيفة عقب من الانصار
ولم يدرك الجمل وكان الجمل لعشر ليال خلون من جمادى الاولى سنة ست وثلاثين وعثمان بن
حنيف من اكابر الصحابة ايضا وهو اخ علي بن ابي طالب الذي اخا رسول الله عليه السلام بينه
وبين علي بن ابي طالب مات في خلافة معاوية وله عقب وقد شهد احدا والمشاهد كذا ذكر
ابن شاهين في كتاب المعجم **قوله** حتى يسع يعني يمكن عمع اي يزرع **قوله** ووضع على ذلك
ما قلنا هكذا اثبت في النسخ وكانه سهو من الكاتب لان قياس التركيب ان يقال ووضع ذلك على ما
قلنا اي وضع الخراج على الوجه الذي قلنا في جريب الزرع وجريب الرطبة وجريب الكرم
والرطبة اسم للقضب خاصة ما دام رطبا كذا في المجمل والجريب ارض طولها ستون ذراعا
وعرضها ستون ذراعا بذراع الملك كسرى يزيد على ذراع العامة بقبضة وهي ست قبضات
وذراع الملك سبع قبضات كذا في المغرب **قوله** ولان المؤن متفاوتة وهي جمع مؤنة
يعني ان تفاوت المؤن له اثر في تفاوت الواجب الا ترى ان الواجب فيما سقي سيحا من الارض
العشرية هو العشر وفيما سقي بغرب او دالية او سانية نصف العشر فلما ثبت هذا قلنا
لما كان مؤنة الكرم اخف وريعه اكثر كان الواجب فيه اعلى وهو عشرة دراهم وهذا لانه
يبقى دهرا مديدا مع قلة المؤنة ومؤنة الزرع اثقل فجعل الواجب فيه ادنى وهو قفيز
ودرهم وهذا لان الزرع يحتاج فيه الى الكراب والقاء البذر والحصاد والدياس ونحو ذلك
كل سنة ومؤنة الرطاب بين لانه لا يحتاج الى القاء البذر كل عام ولا تدوم فيها اصلا وتدوم
اعواما لكن ليس كدوام الكرم فكان الواجب فيما بين الامرين وهو خمسة دراهم **قوله**
قال وما سوى ذلك من الاصناف كالزعفران والبستان وغيره يوضع عليها بحسب الطاقة اي
قال القدوري في مختصره يعني ما سوى جريب الزرع وجريب الرطبة وجريب الكرم يوضع
الخراج فيه بحسب الطاقة ففي ارض النخيل الملتفة يجعل عليها الخراج بقدر ما تطيق ولا
يزاد على جريب الكرم وفي جريب الزعفران يقدر ما تطيق ايضا وينظر الى غلتها فان بلغت
غلة الزرع يوخذ قدر خراج الزرع وان بلغت غلة الرطبة يوخذ خمسة وقد مر في
باب زكاة الزرع وانما اعتبرت الطاقة لان الاثر نطق بها قال فخر الاسلام البزدوي
وانما ينتهي الطاقة الى نصف الخارج لا يزاد عليه الا ترى انه قال في كتاب العشر والخراج
والسير الكبير في ارض لم تخرج من الغلة الا قدر قفيزين ودرهمين وهي جريب ان خراجها
قفيز ودرهم وهذا لانا لما ظفرنا بهم وسعنا ان نستعبدهم ونقسم اموالهم فاذا مننا
عليهم وقاطعناهم بنصف الخراج كان التنصيف هو الانصاف بعينه حيث كان النصف
لنا والنصف لهم **قوله** قال فان كان لم تطق ما وضع عليها نقصهم الامام اي قال القدوري
في مختصره وفي بعض النسخ لم يثبت لفظ كان ولئن صح فهو زائد كقوله فيما قبله ما كان اطول

منها قال في شرح الطحاوي اجمعوا على انها اذا كانت لا تطيق قدر خراجها الموضوع تنقص واخذ منها قدر ما تطيق وذلك لان المعتبر هو الطاقة بالاثر وبيانه فيما قال في خلاصة الفتاوى بقوله فان كانت الارض لا تطيق ان يكون الخراج خمسة دراهم بان كان الخارج لا يبلغ عشرة دراهم يجوز ان ينقص حتى يصير الخراج مثل نصف الخارج اما اذا كانت تطيق ذلك وزيادة فقال الولوالجي في فتاواه اجمعوا ان الزيادة على وظيفة عمر رضي الله عنه في سواد العراق وفي بلد وظف الامام عليها الخراج لا يجوز فاما في بلد اراد الامام ان يبتدئ بها بالتوظيف قال ابو يوسف لا يزيد وقال محمد يزيد وعن ابي حنيفة مثل قول ابي يوسف ووجه قول محمد رحمه الله ان النقصان عند قلة الريع جائز فينبغي ان يجوز زيادة التوظيف عند زيادة الريع ووجه قول ابي يوسف ان عمر رضي الله عنه لم يزد في التوظيف فلو جاز لزاد الا ترى الى قول حذيفة وعثمان بن حنيف ولو زدنا لاطاقت وقال في المختلف في خلاف ابي يوسف مع محمد لا يجوز الزيادة على الخراج الموظف بتوظيف الامام وان اطاقت الارض وقال محمد يجوز وهذا يرد دعوى الاجماع من ادعيه وقال شمس الائمة في شرح الجامع الصغير فان كانت تحتمل الزيادة على هذه الوظيفة اي وظيفة عمر لم تجز الزيادة في قول ابي يوسف وعلى قول محمد تجوز الزيادة لان الخراج بحسب الريع ولهذا اختلف في ارض الكرم والرطبة الى هنا لفظ شمس الائمة قوله عند زيادة الريع والريع في اللغة هو النماء والزيادة واراد به هاهنا عند زيادة الغلة قوله فان غلب على ارض الخراج الماء او انقطع عنها او اصطلم الزرع آفة فلا خراج عليه هذا لفظ القدوري في مختصره وهذا لان الخراج متعلق بنماء حقيقي او تقديري بان تكون متمكنا من الزراعة وهاهنا لما غلب الماء على الارض بحيث لم تبق صالحة للزراعة او كانت نزة لم يوجد النماء التقديري فلا يجب الخراج وكذا اذا زرعها ثم اصاب الزرع آفة من الحر او البرد او نحو ذلك فاصطلمته فلا خراج ايضا وهذا لان النماء التقديري اقيم مقام النماء الحقيقي عند عدم النماء حقيقة فلما وجد النماء حقيقة بطل اعتبار النماء التقديري وتعلق الحكم بالنماء الحقيقي لان ذلك خلف وهذا اصل فبطل الخراج بهلاك الخارج وسلامته كما في العشر بخلاف ما اذا عطلها وهو متمكن من الزراعة حيث يكون الخراج دينا في ذمته لان يتعلق الخراج بالنماء التقديري حينئذ الا ترى ان رجلا لو اجر رجلا بيتا او حانوتا فعطله المستاجر فعليه الاجر فلو لم يتمكن من الانتفاع بان غصبه غاصب او نحو ذلك لا يجب الاجر وذكر ابو الليث سؤالا وجوابا في شرح الجامع الصغير فقال فان قيل لو استاجر رجل ارضا يزرعها فاصطلمت الزرع آفة فانه يجب عليه الاجر قيل له الاجر يجب الى وقت هلاك الزرع ولا يجب عليه بعد ذلك وليس الاجر بمنزلة الخراج لان الخراج وضع على مقدار الخارج اذا صلحت الارض للزراعة فاذا لم تخرج شيئا جاز اسقاطه والاجر لم يوضع على مقدار الخارج فجاز ايجابه وان لم تخرج قال الولوالجي وخراج الوظيفة والمقاسمة لا يسقط بهلاك الخارج بعد الحصاد لانه واجب في الذمة بسبب الخارج وقبل الحصاد يسقط لانه غير واجب في الذمة بخلاف الزكاة لانها واجبة في المال لا في الذمة وقال في الفتاوى الولوالجي ولو عجز رجل عن زراعة ارضه وهي خراجية دفعها الامام الى من يقدر على زراعته ويأخذ منه الخراج ويدفع الفضل الى رب الارض بعد حصة الزارع وكذلك في التحمل لان في الخراج منفعة عامة المسلمين وفي انكساره ضرر عامة المسلمين فجاز دفع ضرر عامة

المسلمين

المسلمين بالخارج ارضه او يدفعها مزارعة فان لم يجد مستاجرا او مزارعا باعها ممن يقدر على خراجها يقال اصطلم الزرع آفة اي استاصلته قوله وان عطلها صاحبها فعليه الخراج وهذا ايضا لفظ القدوري وبيانه اندرج فيما قلنا قوله قالوا من انتقل الى اخس الامرين من غير عذر فعليه الخراج خراج الاعلى اي قال مشايخنا في شروح الجامع الصغير قال الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير وعن اصحابنا فيمن له ارض الزعفران فزرع فيها الحبوب وترك الزعفران من غير عذر يوضع عليه خراج الزعفران لانه هو الذي ضيع ذلك فصار كالذي عطل ارضه وكذا من انتقل الى اخس الامرين من غير عذر بان كان كرما فقلعها وزرع فيها الحبوب يؤخذ منه خراج الكرم لانه هو الذي ضيع الزيادة وهذا انما يعرف ولا يفتى به حتى لا يطمع الظلمة في اموال الناس قال الولوالجي في فتاواه ولو غرس جريبا من ارضه كرما فلم يطعم سنين كان عليه كل سنة قفيز ودرهم لان وظيفة هذه الارض قبل الغرس قفيز ودرهم وفي كل جريب فيبقى كذلك ما لم يؤخذ منه خراج الكرم وان ادرك خارجا يبلغ قيمته عشرين درهما فصاعدا اخذ منه عشرة دراهم لانه صار كرما صورة ومعنى قوله ومن اسلم من اهل الخراج اخذ منه الخراج على حاله وهذا لفظ القدوري في مختصره اعلم ان الارض الخراجية تبقى على حالها خراجية بعد اسلام صاحبها ولا تتغير الى العشر لان عمر رضي الله عنه وضع على اهل السواد الخراج ثم اسلموا فبقي الخراج كما كان ولان الخراج فيه معنى المؤنة والعقوبة فلم يمكن توظيفه على المسلم ابتداء لمعنى العقوبة وامكن ذلك بقاء لمعنى المؤنة لان المسلم اهل لالتزام المؤنة قوله ويجوز ان يشتري المسلم ارض الخراج من الذمي ويؤخذ منه الخراج وهذا لفظ القدوري قال الحاكم الشهيد في الكافي ولا يكره للمسلم اداء خراج الارض ولا شراء ارض اهل الذمة وانما جاز شراء الارض الخراجية من الذمي لانها ملك له كسائر املاكه فلو اشترى المسلم منه سائر املاكه جاز فكذا هذا واما وجوب الخراج على المسلم فلان فيه معنى المؤنة فاعتبر مؤنة في حالة البقاء وهو معنى قوله لما قلنا ولان المسلم اهل لالتزام العقوبة عليه اذا تقرر سببها كما عرف في سائر الحدود وقد تقرر هاهنا سبب الخراج وهو الارض النامية فيبقى الخراج وظيفة الارض بعد انتقالها الى المسلم ولانه يجوز ان يجب على المسلم بالتزامه ما لا يجب عليه ابتداء كما اذا تكفل بجزية ذمي وهاهنا لما اشترى ارض الذمي صار ذلك دليل الالتزام وقد روي ان جماعة من الصحابة رضي الله عنهم اشتروا بالكوفة ارض الخراج فادوا خراجها فصار ذلك دليلا على جواز الشراء من غير كراهة وعلى لزوم الخراج على المسلم قوله فدل على جواز الشراء واخذ الخراج وادائه للمسلم فلو قال صاحب الهداية من المسلم كان اولى فافهم قوله ولا عشر في الخارج من ارض الخراج وهذا لفظ القدوري في مختصره وعند الشافعي يجب فيها العشر والخراج له ان العشر والخراج حقان مختلفان وجبا بسببين مختلفين في محلين مختلفين ولا منافاة بين الحقين فيجبان جميعا اما اختلاف الحقين فظاهر لان الخراج قفيز ودرهم او دراهم موظفة بلا قفيز والعشر احد الاجزاء العشرة من الخارج واما اختلاف السببين فلان العشر يجب بسبب الخارج تحقيقا والخراج به وبالخارج تقديرا واما اختلاف المحلين فلان محل العشر الخارج ومحل الخراج الذمة ولنا ما روى ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم عن علقمة عن النبي عليه السلام انه قال لا يجتمع عشر وخراج في ارض واحدة ولان سواد العراق فتح ووضع عليه الخراج ولم ينقل عن احد من لدن عمر رضي الله

عنه من ائمة العدل وولاة الجور الجمع بينهما فمن جمع خالف الاجماع فلا يجوز ولان سببهما
واحد وهو الارض النامية بدليل اضافة العشر والخراج اليها والاضافة دليل السببية
على ما مر بيانه في شرح الاصول فلما كان السبب واحدا كان المسبب احدهما من غير جمع بينهما كالدية
والقصاص ولان الارض اذا فتحت عنوة وقهرا يجب فيها الخراج وانه القهر المكره واذا اسلم
عليها اهلها طوعا يجب العشر والطوع والكره متنافيان فلا يجتمع العشر والخراج قال الامام
الاسبيجابي في شرح الطحاوي وكذلك الاجر والضمان لا يجتمعان عندنا والحد والعقر لا
يجتمعان والجلد والنفي لا يجتمعان وكذلك الرجم مع الجلد وزكاة التجارة مع صدقة الفطر
كل ذلك لا يجتمعان وعنده يجتمعان الا الجلد والرجم فانهما لا يجتمعان اتفاقا **قوله** وهو الارض
النامية الضمير راجع الى السبب **قوله** يعتبر في العشر اي يعتبرها لنا **قوله** ولهذا
ايضا فان اي ولاجل ان السبب هو الارض النامية يضاف العشر والخراج الى الارض فيقال
عشر الارض وخراج الارض **قوله** وعلى هذا الخلاف الزكاة مع احدهما اي الزكاة لا تجتمع
مع العشر او الخراج عندنا خلافا للشافعي صورته رجل اشترى ارض عشر او خراج بنية
التجارة لم يكن عليه زكاة التجارة وعن محمد ان عليه الزكاة مع احدهما وهو قول الشافعي لان
محل العشر الخارج ومحل الزكاة الارض المعدة للتجارة ولا منافاة ولنا ان الجمع بين الامرين
لو جاز يلزم ان يجبا بسبب واحد وهو الارض النامية فلم يجز كما في زكاة السوم مع زكاة
التجارة ثم لما لم يجز جمع الزكاة مع احدهما لزم فيها اما العشر واما الخراج دون الزكاة لان
وظيفة العشر او الخراج لازمة متقررة دون الزكاة لانها لا تجب في الارض الا اذا
وجدت نية التجارة وكان العشر او الخراج اسبق فكان بالترجيح احق **قوله** ولا
يتكرر الخراج بتكرر الخراج في سنة قال في التامل في قسم المبسوط لا يؤخذ خراج الارض في
السنة الا مرة وقال الحاكم في الكافي ولا يؤخذ خراج الارض في السنة الا مرة وان اغلها صاحبها
مرات والمقدوة في هذا الباب عمر رضي الله عنه لانه لم يوجب الخراج مكررا وينبغي ان
يكون هذا في الخراج الموظف لا في خراج المقاسمة لان خراج المقاسمة حكمه حكم العشر وكذلك
ذلك في الخارج كذا قال في شرح الطحاوي فلما كان حكمه حكم العشر يجب في كل خارج فكذلك خراج
المقاسمة والله اعلم

باب في الجزية

لما فرغ عن ذكر خراج
الارض شرع في خراج الروس وهو الجزية وقدم خراج الارض لعمومه لانه يجب في ارض الكفار
اذا فتحت اسلموا او لم يسلموا وخراج الراس لا يجب بعد الاسلام ولانه ذكر في الباب
المتقدم العشر والخراج والعشر مقدم على خراج الراس لان فيه معنى القربة وهو ايضا
مما يبتدا به على المسلم فقدم خراج الارض ايضا لان سببهما واحد وهو الارض النامية
قوله وهي على ضربين اي الجزية وهذه من مسائل القدوري ولفظه في
مختصره والجزية على ضربين جزية توضع بالتراضي والصلح فتتقدر بحسب
ما يقع عليه الاتفاق وجزية يبتدئ الامام وضعها اذا غلب على الكفار واقرهم
على املاكهم فيضع على الغني الظاهر الغنى في كل سنة ثمانية واربعين درهما
يأخذ منه في كل شهر اربعة دراهم وعلى المتوسط الحال اربعة وعشرين درهما
في كل شهر درهمين وعلى الفقير المعتمل اثني عشر درهما في كل شهر درهما وهذا لفظه
في مختصره والاصل في جواز اخذ الجزية قوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله
ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين
اوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون فان قلت

الكفر

الكفر معصية فكيف اخذ البدل على تقرير المعصية قلت
لا نسلم ان الجزية بدل عن تقرير الكفر بل هي عوض عن ترك القتل والاسترقاق او هي عقوبة على
الكفر فجاز كالاسترقاق وهذا معنى معقول ولانها عوض عن قتل واجب فجاز كاسقاط
القصاص بعوض ثم تفاوت مقدار الجزية على حسب تفاوت الطبقات مذهبنا وقال مالك
الجزية اربعة دنانير على اهل الذهب واربعون على اهل الورق وقد روي ذلك عن عمر رضي
الله عنه كذا قال فخر الاسلام وعند الشافعي دينار واثنا عشر درهما يستوي في ذلك الغني
والفقير له ما روى صاحب السنن عن معاذ رضي الله عنه ان النبي عليه السلام لما وجهه
الى اليمن امره ان يأخذ من كل حالم يعني محتلم دينارا او عدله من المعافري ولنا ما روى
اصحابنا في كتبهم عن عبد الرحمن بن ابي ليلى عن الحكم ان عمر بن الخطاب وجه حذيفة بن اليمان وعثمان
بن حنيف الى السواد فمسحا ارضها ووضعا عليها الخراج وجعلا الناس ثلاث طبقات على ما قلنا فلما رجعا
الى عمر اخبراه بذلك وكان ذلك بحضرة الصحابة من غير نكير فحل محل الاجماع ثم بعد ذلك عمل عثمان
كذلك ثم بعد ذلك عمل علي كذلك ولا يقال انه كان بالتراضي والصلح ولا كلام لنا فيه وكلامنا فيما
اذا وظف عليهم بلا رضاهم لانا نقول لا نسلم لان السواد فتح عنوة لا صلحا والمعقول ان الجزية
حق يبتدا به الكافر فوجب فيه التفاوت كما في خراج الارض والجواب عن حديث الشافعي
نقول ذاك ليس بحجة علينا لان اهل اليمن كانوا اهل فاقة فعلى المعسر عندنا اثنا عشر
درهما ودينار يومئذ في ذلك الوقت كان اثني عشر يدل على ذلك ما روى البخاري في الصحيح عن ابي
عيينة عن ابن ابي نجيح قلت لمجاهد ما شأن اهل الشام
عليهم اربعة دنانير واهل اليمن عليهم دينار قال جعل ذلك من قبل اليسار قلت هذا هو الوجه
الصحيح في معنى حديث معاذ وقد قال بعض اصحابنا هو محمول على ما وقع الصلح عليه الا ترى
انه قال في رواية خذ من كل حالم وحالمة دينارا ولا يجب على النساء الا بالصلح واما الجزية
التي تقع بالصلح فيعتبر فيها التراضي فكل ما وقع عليه التراضي يؤخذ ذلك لا غير ولا يغير شيء
ما اذا فتح الامام قرية من قرى اهل الحرب ومن عليهم وصالح معهم من جماجمهم واراضيهم
على وظيفة معلومة من الدراهم والدنانير وما اشبهها كما صالح رسول الله عليه السلام
اهل نجران على الحلل ونجران بلاد اهلها نصارى كذا في الصحاح والمعروف والحلة ازار
ورداء كذا قالوا وقال صاحب الهداية صالحهم على الف ومائتي حلة وقال الولوالجي في فتاواه
وتوضع على نصارى نجران على رؤوسهم واراضيهم في كل سنة الفا حلة كل حلة خمسون درهما الف
في صفر والف في رجب يقسم ذلك على رؤوسهم واراضيهم فما اصاب الرؤوس يكون جزية وما
اصاب الاراضي يكون خراجا وهذا الذي ذكره الولوالجي هو الصحيح لموافقة الحديث
الا قوله كل حلة خمسون درهما وذلك لان صاحب السنن ذكر باسناده عن ابن عباس قال صالح
رسول الله عليه السلام اهل نجران على الفي حلة النصف في صفر والنصف في رجب قال ابو
يوسف في كتاب الخراج وهذه الحلل المسماة هي الفاحلة على اراضيهم وعلى جزية رؤوسهم
يقسم على رؤوس رجالهم الذين لم يسلموا وعلى كل ارض من اراضي نجران وان كان بعضهم قد باعه
ارضه او بعضها من مسلم او ذمي او تغلبي والمرأة والصبي في ذلك سواء في ارضهم واما جزية
رؤوسهم فليس على النساء والصبيان وقال ابو يوسف في كتاب الخراج وابو عبيد في كتاب الاموال
في كتاب النبي عليه السلام الى اهل نجران بعد ان قال على الفي حلة كل حلة اوقية او قيمتها كذا افسر

ابو عبيد ثم اعلم انه لما وقع الصلح مع بني نجران وهم قوم بقرب اليمن ووقع الصلح مع بني تغلب
ايضا وهم قوم من نصارى العرب بقرب الروم صالحهم عمر رضي الله عنه خوفا من ان يلحقوا
بالروم على ان يؤخذ من اراضيهم العشر مضاعفا قال في شرح الطحاوي وهذه الاراضي التي
وقع عليها الصلح لا يتغير حكمها بالمالك لان المضاعف فيها بمنزلة الخراج والخراج لا يتغير
فكذلك هذا ثم اعلم ان المشايخ تكلموا في معرفة الطبقات المذكورة قال الفقيه ابو الليث
في شرح الجامع الصغير ذكر عيسى بن ابان انه قال من كان له عشرة الاف درهم فصاعدا
فهو موسر ومن كان له مائتا درهم فهو متوسط ومن كان معتملا فهو مكتسب وذكر عن
بشر بن غياث انه قال من كان يملك قوته وقوت عياله وزيادة فهو موسر ومن كان يقدر على
مقدار القوت ولا يملك الفضل وله مقدار الكفاية فهو الوسط ومن لم يكن له مقدار الكفاية
فهو المكتسب وكان الفقيه ابو جعفر رضي الله عنه يقول ينظر الى عادة كل بلد لان عادة
البلدان مختلفة في الغنا الا ترى ان صاحب خمسين الفا بلخ يعد من المكثرين واذا كان ببغداد
وبالبصرة لا يعد من المكثرين وفي بعض البلدان صاحب عشرة الاف يعد من المكثرين فيعتبر
عادة كل بلد وذكر هذا القول عن ابي نصر محمد بن سلام ايضا وذكر عن عمر بن الخطاب رضي
الله عنه انه كان يأخذ ممن يركب البغال ويتختم بالذهب ثمانية واربعين درهما الى هنا لفظ
الفقيه ابي الليث في كتابه وقال فخر الاسلام من ملك مائتين او لا يملك شيئا لكنه معتمل
فعليه اثنا عشر ومن ملك مائتي درهم فصاعدا الى عشرة الاف درهم وهو معتمل ايضا فعليه
ثمانية واربعون ثم قال وانما شرط المعتمل لان الجزية عقوبة فانما تجب على من كان من اهل
القتال حتى لا يلزم الزمن منهم جزية وان كان مفرطا في اليسار وقال المعتمل الذي يقدر
على العمل وان لم يحسن حرفة **قوله** عليه السلام خذ من كل حالم وحالمة دينارا او
عدله معافر والرواية الصحيحة في كتب الحديث لم يذكر الحالمة وقيل المراد كل من بلغ وقت
الحلم حلم او لم يحتلم كذا ذكر صاحب الفائق ولفظ السنن او عدله من المعافري ثيابا النسبة
وقد قدمناه وفسر في السنن الحاكم المحتلم وذكر القتبي في غريب الحديث او عدله من المعافر
بلا ياء النسبة وقال فيه البرد المعافري منسوب الى معافر من اليمن بفتح الميم والعامة
تضمها وقال في الجمهرة المعافر بفتح الميم موضع باليمن ينسب اليه الثياب المعافرية ثم قال
وقال الاصمعي ثوب معافر غير منسوب فمن نسب فهو عنده خطا وقال في المجمل معافر حي من
همدان واليه ينسب الثياب المعافرية وقال القتبي في حديث ابن عمر انه دخل المسجد
وعليه برد له معافري فقعد الناس اليه يسالونه اي قاموا وقال في المغرب ثوب معافري
منسوب الى معافر بن مر ثم صار اسما بغير نسبة وعدل الشيء بالفتح مثله من غير جنسه وعدله
مثله من جنسه ومعنى قوله او عدله من المعافر اي مثل الدينار من البرد الذي اسمه معافر
قوله من غير فصل اي بين الغني والفقير **قوله** ولهذا المعنى ينتظم الغني والفقير
اي وجوب الجزية بدلا عن القتل يشمل الفقير والغني **قوله** ولانه وجب نصرة للمقاتلة
اي الجزية وجب نصرة وكفاية لغزاة المسلمين بمال يؤخذ من الذمي فوجب ان يتفاوت
كالخراج والدليل على انها تجب نصرة وكفاية لهم انها تصرف اليهم ولا توضع موضع الزكاة
ومعنى قوله وهذا لانه وجب بدلا عن النصرة بالنفس والمال اي انما قلنا ان الجزية تجب
على التفاوت بمنزلة خراج الارض لان الخراج وجب بدلا عن النصرة للمسلمين ببذل النفس

والمال لان كل من كان من اهل دار الاسلام يجب عليه النصرة للدار بالنفس والمال قال
تعالى يا ايها الذين امنوا هل ادلكم على تجارة تنجيكم من عذاب اليم تؤمنون بالله ورسوله
وتجاهدون في سبيل الله باموالكم وانفسكم ذلكم خير لكم ان كنتم تعلمون لكن الكافر لما لم
يصلح للنصرة لكونه غير مامون لانه يميل بها الى دار الحرب اختفادا قام الخراج المأخوذ
منه المصروف الى الغزاة مقام النصرة بالنفس ثم النصرة من المسلم تتفاوت اذ الفقير
ينصر دارنا راجلا ووسط الحال ينصر راكبا وراجلا والموسر بالركوب بنفسه والاركاب
لغيره ثم الاصل لما كان متفاوتا تفاوت الخراج الذي قام مقامه فلما كان الخراج الذي
وجب بدلا عن النصرة متفاوتا تفاوت الجزية ايضا لانها بدل عن النصرة ايضا كالخراج
قوله بكثرة الوفر والوفر في اللغة المال الكبير واراد هنا مطلق المال فلو قال بكثرة
المال كان اولى **قوله** وما رواه اي الشافعي اراد به قوله عليه السلام خذ من كل حالم
دينارا وبيانه مر **قوله** ويوضع الجزية على اهل الكتاب والمجوس هذا لفظ
القدوري في مختصره اما اهل الكتاب فلجواز ضرب الجزية عليهم مطلقا سواء كانوا من العرب
او من العجم فلاجل هذا ذكر اهل الكتاب مطلقا حتى يشمل العربيين والاصل فيه
قوله تعالى من الذين اوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية واما المجوس فكان عمر رضي الله
عنه شك في اخذ الجزية واراد ان لا ياخذها منهم لانهم ليسوا من اهل الكتاب فقال عبد
الرحمن بن عوف سمعت رسول الله عليه السلام يقول سنوا بهم سنة اهل الكتاب قال
في السنن قال ابن عباس فاخذ الناس بقول عبد الرحمن بن عوف يعني في قبول الجزية
من المجوس وقال البخاري في الصحيح ولم يكن عمر اخذ الجزية من المجوس حتى شهد
عبد الرحمن بن عوف ان رسول الله عليه السلام اخذها من مجوس هجر وقال ابو
يوسف في كتاب الخراج حدثنا بعض المشيخة عن جعفر بن محمد عن ابيه قال ذكر لعمر بن الخطاب
قوم يعبدون النيران ليسوا يهود ولا نصارى ولا اهل كتاب فقال عمر لا ادري ما
اصنع بهؤلاء فقام عبد الرحمن بن عوف فقال اشهد على رسول الله عليه السلام انه قال
سنوا بهم سنة اهل الكتاب الى هنا لفظ ابي يوسف في كتاب الخراج وهجر اسم بلد في
البحرين ولان استرقاقهم مع الكفر جائز استدلالا الى الاسلام فكذلك ضرب الجزية
عليهم وهذا بالاتفاق **قوله** قال وعبدة الاوثان من العجم اي قال القدوري في مختصره
وتوضع الجزية على عبدة الاوثان من العجم كائنا من كان وعند الشافعي لا توضع عليهم كما
لا توضع على عبدة الاوثان من العرب له ان الاحراب لقتال عام بقوله تعالى وقاتلوهم
الا انه خص منه اهل الكتاب في وضع الجزية عليهم بنص الكتاب وخص المجوس بحديث
عبد الرحمن فبقي ما بين اهل الكفر على الاصل ولنا ما روى محمد بن الحسن في الاصل عن
ابي حنيفة عن علقمة بن مرثد عن عبد الله بن بريدة عن ابيه قال كان رسول الله صلى الله
عليه وسلم اذا بعث جيشا او سرية اوصى صاحبهم بتقوى الله في خاصة نفسه واوصاه بمن
معه من المسلمين خيرا ثم قال اغزوا باسم الله وفي سبيل الله قاتلوا من كفر بالله لا تغلوا
ولا تغدروا ولا تمثلوا ولا تقتلوا وليدا واذا لقيتم عدوكم من المشركين فادعوهم الى
الاسلام فان اسلموا فاقبلوا منهم وكفوا عنهم ادعوهم الى التحول من دارهم الى دار المهاجرين
فان فعلوا فاقبلوا منهم وكفوا عنهم والا فاخبروهم انهم كاعراب المسلمين يجري عليهم

حكم الله الذي يجري على المسلمين وليس لهم من الفيء ولا في الغنيمة نصيب الا ان يجاهدوا
مع المسلمين فان ابوا فادعوهم الى اعطاء الجزية فان فعلوا فاقبلوا ذلك منهم وكفوا
عنهم وجه الاستدلال ان الدعاء الى اعطاء الجزية عام يشمل الوثني من العجم واهل الكتاب
منهم بخلاف الوثني من العرب لانه يغلظ كفره فلم يجز اخذ الجزية منه وسيجيء بيانه
بعد هذا ان شاء الله تعالى ولان استرقاق الوثني العجمي جايز فيجوز اخذ الجزية ايضا
كالكتابي وهذا لان كل واحد من الاسترقاق واخذ الجزية فيه سلب النفس معنى
اما الاسترقاق فظاهر واما الجزية فلان الكافر يؤديها من كسبه ونفقته التي هي سبب
حياته في كسبه فكان اداء كسبه الى المسلمين دالة دائبة في معنى اخذ النفس منه حكما وهذا
معنى قوله ونفقته في كسبه والواو فيه للحال فافهم فان قلت
الجزية ليست كالاسترقاق لان استرقاق المراة والصبي جايز ولا جزية عليهما
قلت ذاك لمعنى اخر وهو ان الجزية بدل عن القتل ولا قتل
عليهما بخلاف الاسترقاق فانه جزاء الكفر الاصلي فان قلت كل من لا يجوز
اقراره على الكفر بضرب الجزية اذا كان عربيا لم يجز ذلك اذا كان عجميا كالمرتد
قلت لا نسلم ان القياس صحيح لان المرتد لا يجوز اقراره على
الكفر بالاسترقاق ايضا فكذلك بالجزية والعجمي الوثني يجوز استرقاقه فجاز وضع الجزية
قوله وان ظهر عليهم قبل ذلك فهم ونساؤهم وصبيانهم فيء لجواز استرقاقهم
اي ان غلب على اهل الكتاب والمجوس وعبدة الاوثان من العجم قبل وضع الجزية فهم
بأجمعهم فيء اي غنيمة قوله ولا توضع على عبدة الاوثان من العرب ولا المرتدين
وبهذا اللفظ القدوري في مختصره اعلم ان الجزية لا يجوز وضعها على مشركي العرب
وكذا لا يجوز وضعها على المرتدين سواء كانوا من العرب او من العجم اما المشركون من
العرب فان الاسلام يعرض عليهم فان اسلموا والا قتلوا لقوله تعالى تقاتلونهم او
يسلمون وذلك في مشركي العرب ولما روى عن ابن عباس ان النبي عليه السلام لا يقبل
من مشركي العرب الا الاسلام او السيف كذا ذكر فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير
ولانهم لما تغلظ كفرهم حتى جاهروا في سب رسول الله عليه السلام وشتمه وتكذيبه
واذيته فاخرجوه من وطنه كان عقوبتهم اغلظ فلم يجز ابقاؤهم على الكفر بضرب
الجزية او الاسترقاق فلم يقبل لذلك الا الاسلام او السيف بخلاف مشركي العجم لانه
لم يوجد منهم اذية الرسول فلم يتغلظ كفرهم فجاز اخذ الجزية منهم كالمجوس فان
قلت المجوس كان لهم كتاب فواقع ملكهم ابنته فاصبحوا
وقد رفع الكتاب عنهم قلت لما رفع زال حكمه فبعد
ذلك لا يكونون من اهل الكتاب على انا نقول قال تعالى انما انزل الكتاب على
طايفتين من قبلنا فلو كان للمجوس كتاب لكان ثلاث طوايف وعند الشافعي يجوز
استرقاق مشركي العرب قياسا على نسائهم وصبيانهم وحجوا به اما نساؤهم
وصبيانهم فانما جاز استرقاقهم لان النبي عليه السلام سبى ذرية اوطاس وسبى
ذرية هوازن كذا ذكروا في شروح الجامع الصغير واما المرتدون فحالهم كحال
مشركي العرب لا يقبل منهم الا الاسلام او السيف لما روي في السنن عن ابن عباس عن

النبي

النبي عليه السلام قال من بدل دينه فاقتلوه وقد قاتل ابو بكر رضي الله عنه اهل الردة من بني حنيفة
ولم يقبل منهم الا الاسلام او السيف واسترق الصحابة نساءهم وصبيانهم وكان ذلك بعد وفاة
النبي عليه السلام قال فخر الاسلام ان اصحاب النبي عليه السلام اجمعوا على ذلك في نسائهم وصبيانهم حتى
وقع في سهم علي رضي الله عنه الحنفية فولدت له منها محمد بن الحنفية ولان كفرهم قد تغلظ فلم
يقبل منهم الجزية لانهم ارتدوا بعد الهداية قالوا ان نساء المرتدين وصبيانهم يجبرون على
الاسلام وتفسيره ان يحبس ثلاثة ايام او الى الاسلام وسيجيء في باب المرتدين اما صبيانهم
فانما يجبرون تبعا لابائهم حيث يجبر اباؤهم واما نساؤهم فانما يجبرون لمسبوق الاسلام منهن
بخلاف نساء مشركي العرب وصبيانهم لانه لا جبر على ابائهم فكذا على صبيانهم وكذا على نسائهم
لانه لم يسبق منهن الاسلام قوله فلا يقبل من الفريقين اي من فريق عبدة الاوثان من العرب
ومن فريق المرتدين قوله بني حنيفة بنو حنيفة بطن من العرب وانما سمي حنيفة لانه لقي جذيمة
ابا حي بن عبد القيس فضرب جذيمة حنيفة فحنف رجله وضربه حنيفة فجذمه فسمي هذا
حنيفة وسمي ذاك جذيمة كذا في جمهرة اللغة وهو حنيفة بن لجيم بن صعب بن علي بن بكر بن وايل
ولحنيفة اخ يسمى اوقص واخ اخر يسمى لهيما وامهم صفية بنت كاهل بن اسد بن خزيمة ولهم اخ
اخر يسمى عجلا امه جذام بنت جسر بن تيم بن يقدم بن عنزة ولجذام يقول لجيم اذا قالت جذام
فصدقوها فان القول ما قالت جذام كذا قال الكلبي في جمهرة النسب وكانت بنو حنيفة اتخذوا
في الجاهلية الها من حيس فعبدوه دهرا طويلا ثم اصابتهم مجاعة فاكلوه فقيل فيهم اكلت
حنيفة ربها زمن التقحم والمجاعة كذا قال العتبي قوله لما ذكرنا اشارة الى قوله فلا يقبل
من الفريقين الا الاسلام او السيف زيادة في العقوبة قوله ولا جزية على امراة ولا
صبي وهذه من مسايل القدوري وعلل صاحب الهداية بقوله لانها وجبت بدلا عن القتل
او عن القتال لبيانه ان الجزية تجب بدلا عن القتل في حقهم على معنى ان القتل سقط عنهم
باقامة الجزية مقامه فلما لم يقبلوا اعطوا الجزية عوضا عن حقن الدم او على معنى ان
اخذ الجزية يجري مجرى القتل في حقهم لان كلا منهما عقوبة عن الكفر وكان الاصل القتل
لقوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله فلما سقط القتل بوجوب الجزية قامت مقامه بدلا
عنه وتجب بدلا عن القتال نصرة لدار الاسلام في حقنا لان الكافر لما لم يصلح لنصرة دارنا
بالبدن لميله الى اهل الحرب اعتقادا اقامت الجزية الماخوذة منه المصروفة الى الغزاة مقام
القتال بدلا عنه ثم البدل انما يكون في حق من يكون عليه الاصل كالتيمم يجب على من يجب عليه
الوضوء والاصل وهو القتل والقتال نصرة لا يجب على الصبي والمراة فكذا لا يجب البدل
وهو الجزية اما القتل فانما لم يجب عليهما لان علة القتل وهي الحراب قد انتفت منهما لضعف
بدنهما وانما قلنا ان العلة هي الحراب بدليل ان الزمن لا يقتل لعدم الحراب وكذا القتال
لا يجب عليهما نصرة لنا لهذا المعنى لعدم صلاحيتهما لذلك وهو المراد من قوله لعدم الاهلية
على ان هذا امر يؤيد بما روي عن عمر رضي الله عنه انه فتح سواد العراق ولم يضع الجزية على
المراة والصبي قوله ولا زمن ولا اعمى وكذا المفلوج والشيخ الكبير وهذا هو المشهور
عن ابي يوسف وعنه في رواية توضع عليهم اذا كانوا اغنياء لان الغنى هو الاصل في المالي
وجه الظاهر ان الجزية بدل عن القتل او القتال كما بينا انفا ولا يجب ذلك عليهم فلا يجب البدل
ايضا وهو المراد بقوله لما بينا فلو قال يجب قتل من كان منهم ذا راي فيجب البدل ايضا فنقول

ذلك نادر فلا يعتبر به على انا نقول كلامنا فيما اذا لم يوجد منهم الراي فلم يتحقق القتل
حينئذ فاندفع السؤال قال في الجمهرة زمن الرجل يزمن زمانة وهو عدم بعض اعضائه
او تعطيل قواه ويقال فلج اذا ذهب نصفه فهو مفلوج وقال اهل الطب الفالج استرخا
عام لاحد شقي البدن طولا قوله ولا على فقير غير معتمل هذا لفظ القدوري ايضا
والمعتمل الذي يقدر على العمل وان لم يحسن حرفة وقال اصحاب الشافعي الفقير العاجز
عن الكسب يخرج من البلاد على قول ويقرر على قول مجانا ويقرر بجزية في ذمته على قول
كذا ذكر الغزالي في وجيزه لهم قوله عليه السلام لمعاذ رضي الله عنه خذ من كل حالم
دينارا وهو مطلق لا فصل فيه بين الفقير المعتمل وغيره ولنا ما روي ان عمر بن الخطاب
رضي الله عنه لما بعث حذيفة بن اليمان وعثمان بن حنيف الى سواد العراق وضعا الجزية
على الفقير المعتمل دون غيره فحل ذلك محل الاجماع لانه كان بمحضر الصحابة من غير نكير
ولان الخراج نوعان خراج الارض وخراج الراس ففي الاول يعتبر الطاقة فكذا في الثاني
وحديث معاذ يحمل على المعتمل توفيقا بين الحديثين فلو قال جاز استرقاقه فيجب ضرب
الجزية عليه قلنا لا نسلم ان القياس صحيح لان استرقاق النسا والصبيان صحيح ولا جزية
عليهم وقال الكرخي في مختصره قال محمد وانما جاء الاثر ان الخراج على كل معتمل قوله
ولا يوضع على المملوك والمكاتب والمدبر وام الولد قال الحاكم الشهيد في الكافي ولا خراج على
روس المماليك وعلل صاحب الهداية بقوله لانه بدل عن القتل في حقهم وعلى النصرة
في حقنا وعلى اعتبار الثاني لا يجب فلا يجب بالشك بيانه ان الجزية بدل عن الامرين
المذكورين وتدمو تقريره فعلى اعتبار الاول يجب وضع الجزية لان الاصل يتحقق في حق
المماليك لان المملوك الحربي يقتل فيجوز تحقق البدل ايضا وعلى اعتبار الثاني لا يجب
لان العبد لا يقدر على شيء فلا يقدر على النصرة فاذا لم يتصور الاصل لم يتحقق البدل
ايضا فاذا وجب من وجه دون وجه لم يجب بالشك لان الاصل عدم الوجوب قوله
ولا يؤدي عنهم مواليهم لانهم تحملوا الزيادة بسببهم يعني ان الموالي وجب عليهم الزيادة في
وظيفة الجزية بكونهم اغنيا بالمماليك فلا يجب عليهم شيء اخر بسبب المماليك وكان في مختصر
الاسرار وقول لهجران الجزية تجب على العبد والمولى يؤديها عنه باطل لانه لو كان
كذلك اختلفت بكثرة العبيد وقلتهم كصدقة الفطر ولان عندهم يجب دينار واحد
فلو كان عنه وعن عبده لكان عن كل واحد نصف دينار وكلا ذا ما العبد يقل في حق
كل واحد قوله ولا يوضع على الرهبان الذين لا يخالطون الناس هذا لفظ القدوري
في مختصره قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره قال عمرو ابن عمرو سالت محمدا عن
اصحاب الصوامع هل يوضع عليهم الخراج قال كان ابو حنيفة يقول توضع عليهم اذا كانوا
ممن يقدرون على العمل قلت لمحمد فقولك قال القياس ما قاله ابو حنيفة قال محمد وليس على
السائحين ولا على الرهبان خراج وان اعتزل احدهم الا انه يخالط الناس فعليه الخراج
اما وجه الوضع عليهم فلان الخراج على المعتمل والراهب قادر على العمل وقد تركه مع القدرة
عليه فيجب عليه خراج الراس كمن عطل ارض الخراج مع التمكن من الانتفاع بها حيث يجب
عليه خراج الارض وهذا قول ابي يوسف ايضا ووجه الرواية الاخرى ان الجزية بدل
عن اسقاط القتل في حقهم ولا قتل على الراهب الذي لا يخالط الناس فلا تجب الجزية واما

قول

قول محمد في السائحين فقالوا يجوز ان يكون اجاب على من لا يقدر على العمل منهم فيكون اتفاقا
ويجوز ان يكون قال من لا يخالط الناس لا يقتل ومن لا يقتل لا يوضع عليه الجزية قوله
ولا بد ان يكون المعتمل صحيحا ويكتفى بصحته في اكثر السنة وانما ذكره تفريعا لمسئلة القدوري
قال في زيادات الزيادات فان كان المرض في اكثر السنة او نصفها فلا جزية عليه وان كان في
اقلها تجب عليه الجزية لان الانسان لا يخلو عن قليل مرض فلا يجعل عذرا او لا يعتد
ابتنا به اهلية القتال والرهبان جمع راهب وقد يقال للواحد رهبان ايضا ويجمع
رهابين كذا في ديوان الادب قوله ومن اسلم وعليه جزية سقطت عنه هذا لفظ
القدوري قال في الشامل في قسم المبسوط اسلم الذمي قبل استكمال السنة او بعدها او مات كافرا
سقط عنه جزيته خلافا للشافعي وقال في وجيزه لو اسلم او مات بعد مضي السنة استوفي
ولو مات في اثنا السنة طولب بقسط على احد القولين وجه قول الشافعي ان الجزية بدل
عن حقن الدم او عن السكنى وقد حصل له المعوض فيجب عليه العوض فلا يسقط بالاسلام
او الموت لانه صار دينا كما لا يسقط سائر الديون اما كونها بدلا عن الدم فلقول عمر رضي
الله انما قبلوا الجزية ليكون دماؤهم كدمائنا واموالهم كاموالنا واما كونها بدلا عن
السكنى فلان الدار دار المسلمين ولا يتمكن الانسان بالسكنى في دار الغير الا ببدل وعوض
والجزية تصلح بدلا فلما كانت بدلا وقد حصل له المبدل وهو حقن الدم او السكنى يجب
البدل فلا يسقط بعد وجوبه كالديون ولنا ما روى اصحابنا في كتبهم عن ابن عباس رضي
الله عنه عن النبي عليه السلام انه قال ليس على مسلم جزية ورواه ابن عباس في السنن ولان
الجزية وجبت اذلالا واهانة للكافر عقوبة على مقامه على كفره بدليل قوله تعالى حتى يعطوا
الجزية عن يد وهم صاغرون ولهذا سميت جزية اي جزاء على كفره وعقوبة الكفر تسقط
بالاسلام لان الاسلام يجب ما قبله اي يقطعه بالحديث وكذلك تسقط عقوبة البقا
على الكفر بالموت كما يسقط القتل والاسترقاق ليس بعقوبة بدليل ثبوته في حق الصغار
ولان عقوبة الجزية على الكافر لدفع شره وقد اندفع شره بالاسلام او الموت فلا حاجة الى
العقوبة فسقطت الجزية ولان الجزية شرع وجوبها نصرة وكفاية للغزاة بدلا عنها في
حقنا وقد قدر على النصرة بالبدل بعد الاسلام لارتفاع التهمة فيجب البدل للقدرة على
الاصل فسقطت الجزية فان قلت لا نسلم ان الجزية بدل عن النصرة
الا ترى ان الامام لو استعان باهل الذمة سنة فقاتلوا معه لا يسقط عنهم جزية تلك
السنة فلو كانت بدلا لسقطت قلت انما لم تسقط لانه يلزم حينئذ تغيير
المشروع وليس للامام ذلك وهذا لان الشرع جعل طريق النصرة في حق الذمي المال دون
النفس فان قلت الجزية حق مال وجب على الكافر على كفره
فوجب ان لا تسقط بالاسلام كخراج الارض قلت خراج الراس فيه
صغار بالنص ولهذا لا يوضع على المسلم اصلا بخلاف خراج الارض فانه ليس فيه صغار
ولهذا يوخذ في ارض خراجية للمسلم فافترقا قوله بدلا عن العصمة اي عن عصمة
النفس وهي حقن الدم قوله او عن السكنى اي عن السكنى في دار الاسلام قوله وقد
وصل اليه المعوض اي وصل الى من اسلم العصمة او السكنى قوله العوض اي الجزية
قوله لهذا العارض اي بالاسلام او الموت قوله كما في الاجير والصلح عن دم العمد

يعني اذا استوفى الذمي منافع الدار المستاجرة ثم اسلم او مات لا تسقط عنه الاجرة لان
المعوض وصل اليه وهو منافع الدار وكذا اذا قتل الذمي رجلا عمدا ثم صالح عن دم العمد
على بدل معلوم ثم اسلم او مات لا يسقط البدل لان المعوض وهو نفسه سلم له **قوله**
ولهذا يسمى جزية ايضاح لوجوب الجزية عقوبة على الكفر **قوله** والعصمة تثبت بكونه
آدميا الى آخره جواب عن قوله وجبت بدلا عن العصمة او السكنى بيانه ان الادمي خلق
معصوما محقون الدم لكونه مكلفا لانه لا يتأتى له القيام بأمور التكليف الا بكونه
معصوما وانما بطلت عصمته بعارض الكفر ثم لما اسلم عادت العصمة فصارت العصمة
بدلا بقبول الجزية والذمي يملك موضع السكنى بالشرا او غيره من اسباب الملك فلا يجوز
ايجاب البدل عليه لسكناه في موضع مملوك له فلو كانت الجزية اجرة كان وجوبها بالاجارة
لا محالة وفي الاجارة يشترط التأقيت لان الابهام يبطلها وحيث لم يشترط التأقيت في
السكنى دل ان الجزية ما كانت بسبيل الاجرة **قوله** وان اجتمعت عليه الحولان تداخلت
اي الجزية ولفظ مختصر القدوري اثبته في شرح الاقطع بقوله وان اجتمع حولان تداخلت
وقال في كتاب الخراج من الجامع الصغير في الذي يلزمه خراج راسه فمضى السنة فلم يؤدها
حتى جاءت سنة اخرى انه لا يؤخذ بما مضى وقال ابو يوسف ومحمد يؤخذ وقال في وجيزهم
ولو اجتمع عليه جزية سنتين لم يتداخل لهما ان امتداد المدة ليس بمناف للواجب بل هو
مؤكد للسبب لان سبب وجوب الجزية هو كفر الكافر وقد تغلظ بطول المدة فلما كان مؤكدا
له لا منافيا استقر الواجب ولانه حق مال يتكرر بتكرر الحول فلا يتداخل كتحمل العقل
والزكاة بخلاف ما اذا اسلم او مات قبل استكمال السنة او بعدها حيث يسقط الجزية عندنا
خلافا للشافعي لان الاسلام ينافي الصغار والعقوبة الواجبة للبقاء على الكفر وبالموت
وصل الى العقوبة الاكبر فلا حاجة الى الادنى قال تعالى ولنذيقنهم من العذاب
الادنى دون العذاب الاكبر لعلهم يرجعون وقد مر التحقيق في الاسلام والموت قبل
هذا ولابي حنيفة ان الجزية عقوبة فاذا اجتمعت من جنس واحد تداخلت كالحدود وهو
والدليل على انها عقوبة قوله تعالى حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون ولهذا
لا تقبل الجزية اذا بعث الذمي من يد نائبه بل يجي به بنفسه ويؤخذ منه على وجه الاذلال
والاهانة ويدل عليه ايضا اختصاصها باهل العقوبة وهم الرجال المقاتلون كالقتل
والجواب عن القياس على تحمل القتل فنقول ذاك ليس بصحيح لانه لا يتكرر في المقيس عليه بل
الواجب الواحد مؤجل الى ثلاث سنين والزكاة لم تجب عقوبة بل وجبت طهرة فيبطل القياس
قال في شرح الطحاوي قيل على قول ابي حنيفة يجب ان يؤخذ الجزية كل سنة قبل تمامها من
حين يبقى من السنة يوم واحد وقال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير اختلف
مشايخنا في قوله جاءت سنة اخرى فقال بعضهم معناه حتى مضت حتى يتحقق اجتماعهما لانها
عند اخر الحول تجب وهذا ضرب من المجاز لان يجي كل شهر يجي اوله وقال بعضهم معناه
بدخول اولها لان الجزية انما تجب باول الحول وانما الحول تخفيف وتيسير وتأجيل عند
ابي حنيفة وكذلك قال هو في الزكاة انها تجب في اول الحول لان الجزية خلف عن القتل
فتجب بنفس سقوط الاصل فاذا كان كذلك وجب التداخل بحقيقة الاجتماع فاذا ثبت
انها تجب باول الحول فكلما مضى شهران يؤخذ منه بمنزلة الضريبة ولا يؤخذ الكل حتى تتم

السنة

السنة لان المعوض سلم فيجب ما بازائه كالاجرة **قوله** وان اجتمعت عليه الحولين اي جزيتا
الحولين لكنه حذف المضاف واقام المضاف اليه مقامه كما في قوله تعالى واسأل القرية اي اهل
القرية ولهذا المعنى انث الفعل ويجوز ان يراد بالحولين الجزيتان مجازا اطلاقا لاسم المحل على الحال
او انث الفعل على تاويل السنة لان الحول في معنا كقوله سائل بني اسد ما هذه الصوت على تاويل
الصيحة **قوله** عند تمام السنة اي السنة الاولى يعني اذا مات الذمي قبل تمام السنة او في
بعض السنة لا يؤخذ منه لانه ان مات قبل الوجوب فلا شبهة فيه وان مات بعد الوجوب
فقد سقط بالموت عندنا خلافا للشافعي وقد مر تحقيق ذلك **قوله** وقد ذكرناها
اشارة الى قوله ولان شرع العقوبة في الدنيا لا يكون الا لدفع الشر وقد اندفع بالموت
والاسلام **قوله** خراج الارض على هذا الخلاف يعني يتداخل اذا اجتمع الحولان عند
ابي حنيفة خلافا لهما وقيل لا يتداخل فيه بالاتفاق اي في الخراج وعلى هذا يحتاج الى الفرق
بين الخراج والجزية ووجهه ان الخراج في حالة البقاء مؤنة لا يلتفت فيه الى معنى العقوبة
ولهذا اذا اشترى المسلم ارضا خراجية يجب عليه الخراج فجاز ان يتكرر ولا يتداخل
بخلاف الجزية فانها عقوبة محضة حيث لم تشرع في حق المسلم اصلا **قوله** بعد توالي
السنين اي بعد تتابعها **قوله** على ما بيناه اراد به ما ذكره قبل هذا بقوله ولانها وجبت
عقوبة على الكفر **قوله** ولهذا لا تقبل منه لو بعث على يدي نائبه ايضاح لقوله وجبت
عقوبة على الاصرار على الكفر يعني ان الذمي ياتي بالجزية بنفسه ولا يبعثها على يدي غيره
فاذا بعثها لا تقبل بل يكلف الاتيان بها بنفسه ماشيا لا راكبا ويعطيها قائما والاخذ قاعد
ويمد يده الاخذ ويؤخذ بتلبيبه عند الاخذ ويحرك ويقال اد الجزية يا يهودي
او يا نصراني او يا عدو الله والتلبيب بالفتح ما على موضع اللبب من الثياب واللبب موضع
القلادة من الصدر **قوله** في اصح الروايات في رواية لا تقبل بعث الجزية
على يد نائبه وفي رواية تقبل وفي رواية اخرى له ان يؤخذ بتلابيبه ويقال اد الجزية
يا ذمي كذا ذكره في الفتاوى الصغرى قبيل مسائل الفاظ الكفر **قوله** حمله بعض
المشايخ على المضي الى آخره من بيانه **قوله** هو مجرى على حقيقته اي حقيقة المجي وهو
دخول السنة وذلك لان الجزية بدل عن اسقاط القتل فيسقط القتل بقبول الجزية في
اول السنة فيجب البدل ايضا وهو الجزية في اول السنة بخلاف خراج الارض فانه يجب
في مقابلة الانتفاع بالارض فما لم يسلم له الانتفاع بها لا يجب فلهذا يجب في اول الحول
قوله والاصح ان الوجوب عندنا في ابتدا الحول وعند الشافعي في اخره اعتبارا بالزكاة
يعني ان وجوب الجزية عنده باخر الحول قياسا على الزكاة وقياسه ممنوع لان الزكاة تجب
باول الحول عندنا ويشترط الحول للتخفيف وقد مر قبل هذا وتحقيقه ان الجزية تبدل
عن اسقاط القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا لكن عن اسقاط القتل وعن النصرة
في المستقبل لا في الماضي لان القتل انما يجب عليهم بحراب قائم لا ماض ولهذا اذا اسلموا يسقط
عنهم القتل وان كانوا حاربوا قبل ذلك والنصرة ايضا تكون في المستقبل لا الماضي لان الماضي
وقعت الغنية عنه فكفينا مؤنته فلا يجب الجزية لاجل السنة الماضية فاذا كان كذلك وجبت
الجزية باول الحول لانها بدل لما هو سقوط القتل او النصرة بالمال يجب في ابتدا الحول
لانه اول اوقات امكان الوجوب **قوله** على ما قررناه اشارة الى قوله لان القتل انما

يبنوا في الخراب فايجوز في الحال لا الخراب ماض الى اخره **فصل**
لما فرغ عن بيان ما يجب على اهل الذمة من الجزية شرع في بيان متعبداتهم ما يجوز منها
وما لا يجوز **قوله** ولا يجوز احداث بيعة ولا كنيسة في دار الاسلام هذا لفظ
القدوري في مختصره وتمامه فيه وان انهدمت البيع والكنائس القديمة اعادوها
الكنيسة اسم لمتعبد اليهود والنصارى وكذلك البيعة اسم لمتعبدهم مطلقا الا ان الاستعمال
غلب في الكنيسة لمتعبد اليهود وفي البيعة لمتعبد النصارى وانما لم يجز الاحداث
لقوله صلى الله عليه وسلم لا خصا في الاسلام ولا كنيسة والمراد منه احداثها لا اجماع
لان القديمة تترك على حالها قيل في تاويل الخصا المراد منه ان لا يخصي الرجل وقد فعل
ذلك في زماننا وقيل قوله تعالى ولامرنهم فليغيرن خلق الله والمناسبة على هذا التاويل
بين الخصا والكنيسة ان في كل منهما نوع ضعف ففي الخصا ضعف بنية الخصي وفي بنا
الكنيسة ضعف اهل الاسلام وقيل المراد منه الرجل يمتنع من النسا كما يفعل اهل الكتاب
من الرهبانية فيكون في حكم الخصي ثم كما لا يجوز احداث البيعة والكنيسة لا يجوز احداث
الصومعة ايضا للتعبد واجتماعهم فيها على وجه الخلوة لانه بمنزلة البيعة بخلاف ما اذا
عين موضعا من البيت للصلاة ويصلي فيه حيث لا يمنع منه لكونه تبعا للسكنى قال صاحب
الهداية وهذا في الامصار دون القرى اي عدم جواز احداث البيعة والكنيسة في
المصر لا في القرية فلا يمنع من احداثها في القرية والفرق ان المصر موضع اقامة الحدود
وتنفيذ الاحكام بخلاف القرية فيمنع لذلك عن الاحداث في المصر دون القرية ثم
قال صاحب الهداية والمروي عن صاحب المذهب في قرى الكوفة اي الذي روي عن
ابي حنيفة من عدم المنع عن احداث البيعة والكنيسة في القرى في قرى الكوفة لا قرى
بلادنا لان اكثر اهلها كانوا اهل الذمة فلم يكن فيها موضع تنفذ الاحكام لغلبتهم فلم
يرد المنع من الاحداث بخلاف قرى بلادنا فان اهل الذمة فيها معدودون فيمنعوا
من الاحداث اما اذا انهدمت البيع والكنائس القديمة اعادوها كما كانت في الاول
والمراد من القديمة ما كانت قبل فتح الامام بلدهم ومصالحتهم على اقرارهم على بلدهم
واراضيهم ولا يشترط ان يكون في زمن الصحابة والتابعين رضي الله عنهم لا محالة وذلك
لان الصلح لما وقع على تقريرهم وترك التعرض لهم دل ذلك على اعادة ما انهدم منها
لان الامام لما اقرها مع ان الابنية لا تبقى على الدوام كان فيه دلالة الاعادة
كما في ساير ابنيتهم قال في الفتاوى الصغرى اذا ارادوا احداث البيع والكنائس
في الامصار يمنعون بالاجماع اما في السواد ذكر في العشر والخراج انهم يمنعون
وفي الاجارات انهم لا يمنعون واختلف المشايخ فيه قال مشايخ بلخ يمنع وقال الفضلي
ومشايخ بخارى لا يمنع وذكر شمس الائمة السرخسي في باب اجارة الدور والبيوت من
شرح الاجارات الاصح عندي انهم يمنعون عن ذلك في السواد وذكر هو في السير الكبير
فقال ان كانت قرية غالب اهلها اهل الذمة لا يمنعون اما القرية التي سكنها المسلمون اختلف
المشايخ فيها على نحو ما ذكرنا وهل يهدم البيع القديمة في السواد على الروايات كلها لا اما
في الامصار ذكر في الاجارات انه لا يهدم البيع القديمة بل تترك وذكر في العشر والخراج
انها تهدم قال الناطفي في واقعاته قال محمد رحمه الله ليس ينبغي ان يترك في ارض العرب

كنيسة

كنيسة ولا بيعة ولا بيت نار وروي عنه انه اذا كان في البلدان المفتتحة كنائس تترك في القرى
في الروايات كلها واما في الامصار قال محمد في نوادر هشام تهدم وفي المجرد عن ابي حنيفة
تترك واما الصلحية تترك في المواضع كلها في الروايات كلها ويمنع من احداثها في الامصار
والقرى في قولهم جميعا وقال محمد في نوادر هشام ان انهدمت كنيسة من كنائسهم او بيعة
او بيت نار فلهم ان يبنوا كما كان وليس لهم ان يحولوها من موضع الى موضع اخر في المصر
فقوله ان يبنوها كما كان يريد به قدرها الاول اما الزيادة على البنا الاول فممنوع
لانه احداث بيعة في المصر الى هنا لفظ الفتاوى الصغرى كتبته تكثيرا للفوايد والخصا
بالكسر والمد مصدر خصاه من باب رماه اذا سل خصيتيه **قوله** لان فيها بعض الشعاير
اي لان في قرى بلادنا بعض علامات الاسلام كالاذان والصلاة بالجماعة **قوله** والمروي
عن صاحب المذهب اراد به ابا حنيفة وانما ذكره كذلك هنا دون ساير المواضع لانه
ذكر ان اكثر اهل قرى الكوفة اهل الذمة فنزهه عن نعتهم فقال انه وان كان كوفيا
لكنه جليل القدر بري ساحته عن الدناءة منشئ المذهب مقتدى اهل الاسلام رضي
الله عنه **قوله** وفي ارض العرب يمنعون من ذلك في امصارها وقراها ذكره تفريعا
لمسئلة القدوري وذلك لقوله عليه السلام لا يجتمع دينان في جزيرة العرب وحدث
صاحب السنن باسناده الى جابر بن عبد الله قال اخبرني عمر بن الخطاب انه سمع رسول
الله عليه السلام يقول لاخرجن اليهود والنصارى من جزيرة العرب فلا اترك فيها الا مسلما
وقال قد اجلا عمر يهود نجران وفدك وانما سميت بالجزيرة لان بحر فارس وبحر الحبش ودجلة
والفرات قد احاطت بها قال ابو عبيد قال ابو عبيدة جزيرة العرب ما بين حفر ابي موسى الى
اقصى اليمن في الطول واما العرض فما بين رمل يبرين الى منقطع السماوة وقال الاصمعي
جزيرة العرب من اقصى عدن ابين الى اقصى ريف العراق في الطول واما العرض فمن جدة
وما والاها من ساحل البحر الى اطراف الشام قال ابو عبيد امر رسول الله عليه السلام باخراج
اليهود والنصارى من هذا كله ورايت في شرح ديوان الفرزدق ان حفر ابي موسى ما
للعنبر على خمس منازل من البصرة قال الكرخي في مختصره ارض العرب لها خصلة ليست
في امصار المسلمين التي ليست في ارض العرب يمنع المشركون من اهل الذمة ان يتخذوا ارض
العرب مسكنا ووطنا ولا يمنعون ذلك في امصار المسلمين التي ليست في ارض العرب وقال
ايضا فيه اذا حضر لهم عيد يخرجون فيه صلبانهم وغير ذلك فليصنعوا في كنائسهم القديمة
من ذلك ما احبوا فاما ان يخرجوا ذلك من الكنائس حتى يظهر لهم في المصر فليس لهم ذلك
ولكن ليخرجوا خفيا من كنائسهم حتى اذا اخرجوا من المصر الى غير المصر فليصنعوا من ذلك
ما احبوا انما يكره ان يظهروا ذلك في المصر فاما ضرب النواقيس فليس ينبغي ان يمنعوا في المصر
اذا كانوا يضربون في جوف كنائسهم القديمة فاما ان يضربوا به خارجا منها فليس ينبغي
ان يتركوا ان يفعلوا ذلك الى هنا لفظه رحمه الله **قوله** ويؤخذ اهل الذمة بالتميز عن
المسلمين في زيهم ومراكبهم وسروجهم وقلانسهم فلا يركبون الخيل ولا يعملون بالسلاح هذه
رواية القدوري وفي بعض رواياته ولا يحملون السلاح وقال ابو حنيفة في الجامع الصغير
ياخذ الامام اهل الذمة باظهار الكستيجات والركوب على السروج التي كهيئة الاكف تفسيره
ما قال الكرخي في مختصره وهي ان يكون على قربوس السرج مثل الرمانة وقال ايضا فيه قال

ابو حنيفة ينبغي ان لا يترك احد من اهل الذمة يتشبه بالمسلمين في لباسه ولا في مركبه ولا في
هيئته وفسر الكرخي الكستيج بالخيط يعقده على وسطه وعن ابي يوسف الكستيج خيط غليظ
بقدر الاصبع يشده الذمي فوق ثيابه دون ما يتزينون به من الزنانير المتخذة من الابريسم
قال فخر الاسلام في تفسير الكستيجات هي لعلام الكفر وهي فارسي معرب وحقيقته العجز
والذل بلغة العجم وقال الكرخي يكون قلانس الرجال سودا طوالا مضربة وهكذا كان
عمر بن الخطاب امر عماله ان ياخذوا اهل الذمة والاصل فيه ان الله تعالى وصفهم بالصغار
وهو الذل المنافي ووصف المؤمنين بالعزة قال تعالى ولله العزة ولرسوله وللمؤمنين
فلما كان كذلك وجب ان يتميزوا في مراكبهم وثيابهم وهيئاتهم اظهارا لما يدل على الذل والصغار
وصيانة لضعفاء المسلمين حتى لا يميلوا اليهم بان راوهم اصحاب النعمة والنعمة والخفض
والدعة فيقولوا ان المؤمنين في مشقة ومحنة واهل الذمة في راحة ونعمة واليه اشار
الله عز وجل بقوله ولولا ان يكون الناس امة واحدة لجعلنا لمن يكفر بالرحمن لبيوتهم سقفا
من فضة فلذلك وجب تميزهم باعلام واثار تدل على الذل ولا يتركون يتجملون حتى
قال مشايخنا الاحق ان لا يتركوا ان يركبوا الا عند الضرورة خصوصا في اسواق المسلمين
ومجامع طرقهم فاذا جاءت الضرورة فلينزلوا في مجامع المسلمين فان لزمت الضرورة
امروا باتخاذ السروج كهيئة الاكف على الوجه الذي فسرنا ولان العلامة لو لم تكن دعا ذلك
بالذمي معاملة المسلمين فلا يجوز ذلك وذلك لان المسلم واجب الاهانة فلا يبدا بالسلام
عليه ويلجا الى اضيق الطريق ويجوز ان يموت الذمي فجاة في الطريق فاذا لم يكن به
علامة يصنع به ما يصنع بموتى المسلمين والاحتراز عن مثل ذلك واجب فان قلت
النبي عليه السلام لم ياخذ بذلك اليهود والنصارى فكيف ثبت ذلك قلت
ثبت ذلك باجماع الصحابة في خلافة عمر رضي الله عنه حيث امر عماله ان ياخذوهم بذلك
واجماعهم حجة وقال الشيخ ابو نصر انما يجب فعل ذلك للتمييز ويهود المدينة كانوا يعرفون
باعيانهم ولا يشتبه حالهم على احد من اهل المدينة ونصارى نجران كانوا منفردين
بها وكذلك مجوس هجر فلما فتحت البلاد في وقت عمر رضي الله عنه وكثر الناس واختلطوا
وجب تمييزهم للمعنى الذي قدمناه **قوله** كهيئة الاكف جمع الاكاف **قوله** فانه جفا
في حق الاسلام اي قال المرغيناني من الابريسم جفا في حق اهل الاسلام اي حرق وترك لحق
العشرة بالمسلمين وذلك لان من اعز عدو الصديق فقد اهان الصديق والابريسم معرب
والعرب تخلط فما ليس من كلامها قال ابن السكيت هو الابريسم بكسر الهمزة والراء وفتح السين
كذا في الصحاح **قوله** ويجب ان يتميز نساؤهم عن نسائنا في الطرقات والحمامات يجعل
بالعلامات كالجلاجل ونحو ذلك قال شمس الائمة السرخسي في شرح الجامع الصغير وقال
ايضا فيه وكذلك من يكون بروزه من نسائهم يؤمر باتخاذ علامة فوق الملاءة لتتميز بذلك عن
المسلمين فان كانت ممن لا تخرج من بيتها لم تؤمر باتخاذ العلامة لانه لا حاجة الى ذلك اذا لم
تخرج **قوله** قالوا اي قال مشايخنا **قوله** للضرورة وهي كالخروج الى الرستاق وذهاب
المريض الى موضع يحتاج اليه فاذا ركبوا للضرورة لا يركبون على السروج لان ذلك للغزاة
ولهذا يكره للنساء الركوب على السروج لانهن لسن من اهل الحرب لكن يتخذون كهيئة
الاكف وهو المراد بقوله بالصفة التي قدمت ثم اذا دخلوا المصر ينزلون وكذلك

ممنوعون

ممنوعون ان يلبسوا مثل لباس اهل العلم واهل الصلاح اهانة لهم كذا ذكره الامام
العتابي وغيره **قوله** ومن امتنع من الجزية او قتل مسلما او سب النبي صلى الله عليه
وسلم او زنى بمسلمة لم ينتقض عهده هذا لفظ القدوري في مختصره وقال اصحاب الشافعي
ينتقض العهد بجميع ذلك كذا ذكره الشيخ ابو نصر رحمه الله لنا ان الجزية دين والامتناع
من اداء سائر الديون ليس ينقض للعهد فكذا الامتناع منها ولان القتل يسقط عنهم بقبول
الجزية لا باداءها بالاتفاق وقبولها باق كما كان فلا ينتقض العهد فهذا اسقط انتخاجهم
بقوله تعالى حتى يعطوا الجزية لان اعطاها ليس بشرط لسقوط القتل بل قبولها كاف
ولان سب النبي صلى الله عليه وسلم لو وقع من مسلم كان كفرا والكفر المقترن بعقد الذمة
ليس برافع له فلان لا يكون الكفر العارض رافعا له اولى واحرى لان البقا اسهل من الابتدا
ولان النصارى يسبون صانع العالم ويقولون ثالث ثلاثة وله ولد ويقول اليهود
عزير بن الله ويقول المجوس له ضد الخير من النور والشر من الظلمة ومع هذا لم
يصيروا ناقضين للعهد فكذا اذا سبوا النبي عليه السلام فلو قالوا لو اتى بسب النبي عليه السلام
وهن بالاسلام فنقول فكذلك في سب الباري ولكن لم يكن ذلك نقضا للعهد لما كان
بيد الامام ان ينكله بالحبس والضرب والتعزير فكذا في سب النبي عليه السلام يؤيده
ما روي عن عائشة لما دخل رهط من اليهود على النبي عليه السلام وقالوا السام عليك
قالت ففهمتها فقلت عليكم السام واللعنة فقال عليه السلام مهلا يا عائشة فان الله يحب
الرفق في الامر كله قالت فقلت يا رسول الله الم تسمع ما قالوا فقال عليه السلام قد قلت
وعليكم ولا شك ان هذا سب للنبي عليه السلام فلو كان نقضا للعهد لقتلهم **قوله** ينقض
ايمانه يعني لو كان مؤمنا **قوله** خلف عنه اي عن الايمان **قوله** لا يمنعه اي عهده
الذمي **قوله** قال ولا ينتقض العهد الا ان يلحق بدار الحرب او يغلبوا على موضع
فيحاربونا اي قال القدوري في مختصره وذلك لان المقصود من ضرب الجزية دفع شرهم
فلا يحصل المقصود حينئذ فينتقض العهد ثم اذا ثبت نقض عهده فحكمه حكم المرتد فيجعل
ذلك كالموت فيعمل في تركته ما يعمل في تركة المرتد فان لحقت امراة ذمية في دار الاسلام
بانت منه لتباين الدارين اما اذا لحقت هي معه بدراهم ثم عاد الى دارنا فهما على نكاحهما
لعدم تباين الدارين الا ان الذمي اللاحق بدار الحرب اذا ظهر عليها يسترق لانه جاز
ابقاؤه على الكفر بالذمة بخلاف المرتد فانه لا يسترق لانه لا يجوز ابقاؤه على الكفر بل
يقتل ان لم يتب والمرتدة مادامت في دارنا لا تسترق فاذا لحقت بدار الحرب ثم سبيت
استرقت وتخريج ذلك على الاسلام لان الصحابة رضي الله عنهم استرقوا نساء بني حنيفة
وكانت ام محمد بن الحنفية منهم **قوله** وكذا في حكم ما حمله من ماله يعني ان الذمي الناقض
للعهد اذا حمل ماله الى دار الحرب يكون ذلك فيئا للمسلمين اذا ظهروا عليها كمال المرتد
اذا حمله الى دار الحرب

فصل

وانما افرد بذكر نصارى بني
تغلب في فصل على حدة لمخالفتهم سائر النصارى في الاحكام **قوله** ونصارى بني تغلب
يؤخذ من اموالهم ضعف ما يؤخذ من المسلمين من الزكاة والاصل فيه ما ذكر ابو يوسف
في كتاب الخراج باسناده الى داود بن كردوس عن عبادة بن النعمان التغلبي انه قال لعمر
بن الخطاب يا امير المؤمنين ان بني تغلب من قد علمت شوكتهم وانهم بازاء العدو فان ظاهروا

عليك العدا اشد مؤنتهم فان رايت ان تعطيهم شيا فافعل قال فصالحهم عمر على ان لا يغمسوا احدا منهم او لادهم
في النصرانية ويضاعف عليهم الصدقة وعلى ان يسقط الجزية عن روسهم فكل نصراني من بني تغلب له
غنم سائمة فليس فيها شي حتى يبلغ اربعين فاذا بلغت اربعين سائمة ففيها شاتان الى عشرين ومائة
فاذا زادت شاة ففيها اربع من الغنم وعلى هذا الحساب يوخذ صدقاتهم وكذلك البقر والابل
اذا وجب على المسلم شي في ذلك فعلى النصراني التغلبي مثله مرتين ونساوهم كرجالهم في الصدقة
واما الصبيان فليس عليهم شي وكذلك ارضوهم التي كانت في ايديهم يوم صولحوا يوخذ منهم
الضعف مما يوخذ من المسلمين فاما الصبي والمعتوه فاهل العراق يرون ان يوخذ ضعف
الصدقة من ارضه ولا يوخذ من ماشيته واهل الحجاز يقولون يوخذ ذلك من ماشيته وسبيل
ذلك سبيل الخراج لانه بدل من الجزية ولا شي عليهم في بقية اموالهم ورقيقهم هذا لفظ ابي
يوسف في كتاب الخراج **قوله** ويوخذ من نسايهم ولا يوخذ من صبيانهم هذا لفظ القدوري
في مختصره وهو ظاهر الرواية وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير روى الحسن
بن زياد عن ابي حنيفة انه قال لا يوخذ من نساء بني تغلب شي ثم قال الفقيه وذكر عن ابي الحسن
الكرخي انه قال هذه الرواية اقيس لانه لا يوخذ من نسا اهل الذمة جزية فكذلك لا يوخذ من
نسا بني تغلب مضاعفة الصدقة وقال زفر لا يوخذ من نسايهم وبه قال الشافعي وجه قول
زفر ان الماخوذ من بني تغلب جزية والجزية خلف عن القتل ولا قتل على المراة فلا تجب الجزية
لعدم تصور الاصل والدليل على انها جزية قول عمر رضي الله عنه هذه جزية سموها ما شيتم
ولهذا كان مصرفه مصرف الجزية فصارت نسوانهم كصبيانهم ووجه قول اصحابنا في الظاهر
ان الماخوذ من بني تغلب مال وجب بالصلح على الصدقة المضاعفة والمراة اهل لما يجب بالصلح
فيجب عليها الصدقة المضاعفة كالرجل ومن قضية التضعيف ان لا يتبدل اصل الحق فاذا لم
يتبدل لم يكن الماخوذ جزية بل وجب على نسايهم ضعف ما وجب على نسائنا بخلاف الصبي فانه
لا يجب على صبياننا الزكاة فلا يضعف على صبيانهم وليس هذا كالعشر فانه يوخذ من ارض صبياننا
فكذلك يوخذ في ارض صبيانهم ايضا مضاعفا ولانه حق يعتبر في وجوبه الحول والنصاب
فصار كالزكاة فيضعف على نسايهم لان الانوثة لا تنافي الزكاة بخلاف الصبي ولا نسلم ان الماخوذ
جزية بل هو خراج لان الماخوذ منهم اذا كان متعلقا بالمال يسمى خراجا فاذا كان متعلقا بالروس
يسمى جزية وهذا متعلق بالمال لا بالروس فلا يكون جزية يوبن ان عمر رضي الله عنه صالحهم
على ان تسقط الجزية عن روسهم ولا نسلم ان كون مصرفه مصرف الجزية يدل على انه جزية
لان مصرفه مصالح المسلمين وهو ليس يختص بالجزية وحدها بل يوضع فيه خراج الارضين
والجزية وما اهداه اهل الحرب وغيرها ولهذا لا يراعى فيه شرايط الجزية من وصف
الصغار كعدم القبول من يد النايب وكون المعطي قايما والقابض قاعدا واخذ التلبيب
والهز الا ترى ان الجزية توخذ من الفقير المعتمل ولا توخذ الصدقة المضاعفة من
الفقير التغلبي والجواب عن قولهم لا قتل على المراة فلا تجب الجزية فنقول لا نسلم ان لا قتل
عليها مطلقا بل تقتل اذا كانت ملكة او سابة للنبي عليه السلام وانما لا تقتل في ساير الصور
لعدم العلة وفي الجواب والماخوذ منهم بسبيل الرضا لانه وجب بالصلح والمراة من اهله فيجب
عليها **قوله** من اهل وجوب مثله اي من اهل وجوب مثل مال وجب بالصلح لان لها ان
تصالح على مال **قوله** وذلك لا يختص بالجزية اشارة الى مال بيت المال **قوله** لا يراعى

فيه شرايطها اي لا يراعى في الماخوذ من بني تغلب شرايط الجزية من وصف الصغار ونحوه وقد
مر بيانه قبيل هذا **قوله** ويوضع على مولى التغلبي الخراج وهذه من مسايل الجامع الصغير
وشرحه صاحب الهداية بقوله اي الجزية وخراج الارض بمنزلة مولى القرشي بيانه ان القرشي
لا يجوز اخذ الجزية والخراج منه ويجوز اخذ ذلك من عبده النصراني اذا اعتقه فكذلك
لا يجوز اخذ الخراج من التغلبي ويجوز من عبده الذي اعتقه وعند زفر يضاعف على مولى التغلبي
كالتغلبي وهو المروي عن الشعبي له ما روي في شرح الاثار والسنن عن النبي عليه السلام انه قال
مولى القوم من انفسهم ولنا ان الماخوذ من بني تغلب على وجه التضعيف تخفيف لان الاصل
وجوب الجزية على وجه الصغار كما في ساير النصارى ثم المولى لا يلحق بالاصل فيما هو تخفيف
الا ترى ان الاسلام من اعلى اسباب التخفيف ثم المسلم لا يوضع عليه الجزية ويوضع على عبده
النصراني الذي اعتقه ولا يتعدى حكم التخفيف الثابت للمسلم الى مولاه فلان لا يتعدى حكم
التخفيف الثابت للتغلبي الى مولاه اولى واحرى ولا يلزم حرمة الصدقة على مولى الهاشمي لان
الشبهات في باب الحرمات ملحقات بالحقيقة فالحق مولاه به في الحرمة وليس كذلك مولى الغني لان
الغني اهل للصدقة الا ترى انه اذا كان عاملا يعطى منها ما يكفيه والهاشمي ليس باهل للصدقة
لكونها من اوساخ الناس تعظيما لقرابة الرسول ولهذا لا تحل له الصدقة وان كان عاملا لكن
الغنا مانع لم يوجد ذلك في حق المولى فلم تحرم الصدقة عليه لعدم المانع والجواب عن الحديث ان
ذلك ورد بخلاف القياس فاقتصر على مورد النص وهو حرمة الصدقة خاصة فلم يجز التعدية
الى غيرها وقد مر في كتاب الزكاة في باب من يجوز دفع الصدقة اليه او نقول مولى التغلبي
لا يلحق بالتغلبي لما ان الجزية اصلها ثابت بكتاب الله تعالى والصدقة المضاعفة وجبت على
وجه الصلح دفعا للضرورة ولا ضرورة في حق الموالي فيرد حال المولى الى الاصل الذي
هو الجزية والخراج **قوله** وما جباه الامام من الخراج ومن اموال بني تغلب وما اهداه اهل
الحرب الى الامام والجزية تصرف في مصالح المسلمين كسد الثغور وبنا القناطر والجسور ويعطى
قضاة المسلمين وعمالهم وعلماوهم منه ما يكفيهم ويدفع منه ارزاق المقاتلة وذراريهم وهذه
مسيلة القدوري وذلك لان جميع ذلك مال وصل الى المسلمين من جهة الكفار بلا قتال وموضعه
بيت المال ومال بيت المال معد لمصالح المسلمين وهذه الجهات مصالح المسلمين فيصرف اليها
ونفقات ذراري المقاتلة واجبة عليهم فلو لم يكف مون الذراري اباوهم لم يتفرغوا للقتال
ولبطل امر الجهاد الذي من اعظم مصالح المسلمين لاشتغال المقاتلة باكتساب نفقات الذراري
فوجب اعطا نفقات الذراري ايضا اقامة لمصلحة المسلمين قال في الشامل في قسم المبسوط
في كتاب الزكاة والخراج يصرف الى عطايا المقاتلة وسد الثغور وبنا الرباطات والقناطر
ولا يوضع موضع الزكاة الا اذا كان للفقرا خاصة هكذا روي عن عمر رضي الله عنه وقال
ان لكل احد من المسلمين فيه حقا وصرفه الى هذه المصالح الى هنا لفظ الشامل وقد روينا
في كتاب الزكاة عن شرح الطحاوي جملة ما يجي في بيت المال وهي اربعة انواع فيتطلب ثمه
والثغور جمع ثغر وهو موضع مخافة البلدان **قوله** ما يكفيهم معمول يعطى **قوله**
وهو لا عملتهم اي القضاة وعمالهم والعمال عملة المسلمين والعملة جمع عامل **قوله** ومن مات في
نصف السنة فلا شي له من العطا وهذه من خواص الجامع الصغير والمراد من العطا ما
يعوض للغزاة ويعطيهم في بيت المال قال شمس الايمة السرخسي في شرحه للجامع الصغير

يعني الغازي الذي اثبت اسمه في الديوان يستحق عطاه من بيت المال في كل سنة فاذا مات في نصف السنة فانما مات قبل تاكد حقه بمجي وقت المطالبة وثبوت الاستحقاق فلا يصير ذلك ميراثا لورثته على ما بينا ان الحق الضعيف لا يجري فيه الارث الى هنا لفظ شمس الايمة رحمه الله وقال صاحب الهداية واهل العطا في زماننا مثل القاضي والمدرس والمفتي وقد كان يعطى في الابتدا لكل من له ضرب مزية في الاسلام مثل ازواج النبي عليه السلام ومثل اولاد المهاجرين والانصار ومن كان محتاجا الى معونة وذلك كله يبطل بالموت لان ما يعطى هو لا صلة لا تملك قبل القبض وليس بدين ولهذا لا يورث عنه الا ترى ان النفقة صلة تشبه الدين ومع هذا تسقط بموت احدهما وجبت فلا تسقط العطايا بالموت ولا يشبه الدين اولى واحرى وقد حققنا كون النفقة صلة في باب النفقات قبل كتاب العتاق وبنظرته ان شا الله تعالى قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير وانما خص بنصف السنة لان عند اخر السنة يستحب ان يصرف ذلك الى ورثته لانه قد اوفى عناه فاما قبل ذلك فلا الا على قدر عنايه وقال شمس الايمة السرخسي في شرح الجامع الصغير ولم يذكر محمد ما اذا مات بعد تمام السنة قبل ان يخرج عطاوه ما حكمه والصحيح من الجواب فيه انه لا يصير ميراثا ايضا لان استحقاق العطا بطريق الصلة والصلات لا تتم الا بالقبض وان ثبت الاستحقاق قبل القبض فاذا مات لم يخلفه وارثه فيه بمنزلة حق الاخذ بالشفعة وهو نظير ما قال علماونا في الذمي اذا مات بعد وجوب الحق عليه قبل الادا انه لا يستوفى من تركته لان ذلك في حق المجاهدين صلة فاذا كان يموت من عليه قبل الادا يسقط ما هو عليه وان ثبت الاستحقاق فلذلك يموت من له يسقط ما هو صلة وان ثبت الاستحقاق والله اعلم

باب احكام المرتدين

لما فرغ عن احكام الكفار من الاصل شرع في احكام الكفار بعد الاسلام لان العارض بعد الاصلي في الوجود فناسب ان يكون كذلك وضعا **قوله** واذا ارتد المسلم عن الاسلام عرض عليه الاسلام فان كانت له شبهة كشفت عنه وفي بعض نسخ القدوري كشفت له اعلم ان المسلم اذا ارتد عن الاسلام عرض عليه الاسلام فان اسلم والا قتل مكانه الا ان يطلب ان يوجل فيوجل ثلاثة ايام فان ابى ان يسلم قتل هكذا ذكر الحاكم في الكافي وشمس الايمة البيهقي في الشامل في قسم المبسوط وقال في الجامع الصغير في المسلم يرتد انه يقتل حرا كان او عبدا قال فخر الاسلام في شرحه ولا يوخر الا ان يستمهل لانه قد ارتد بعد المعرفة فلا عفو له فاذا استمهل ايلا للتردد امهل وقال في شرح الطحاوي المسلم العاقل البالغ اذا ارتد عن الاسلام فانه يستتاب فان تاب واسلم والا قتل مكانه الا اذا طلب ان يوجل فانه يوجل ثلاثة ايام هكذا ذكر محمد في السير الكبير ولا يزاد على ثلاثة ايام ولو قتله رجل قبل الاستتابة او قطع عضوا منه باذن الامام او بغير اذن الامام فلا ضمان عليه لانه لا قيمة لدمه لكنه اذا فعل ذلك بغير اذن الامام ادب على ما صنع كذا في شرح الطحاوي وقال الكرخي في مختصره للامام ان يوجله اذا طمع في اسلامه ولا يوجله اكثر من ثلاثة ايام وقال في وجيز مم في امهال المرتد ثلاثة ايام قولان ثم انما يعرض الاسلام على المرتد لما روي عن عمر رضي الله عنه ان رجلا جا اليه من قبل ابي موسى الاشعري فقال عمر رضي الله عنه هل من مغربة خبر قال نعم رجل ارتد عن الاسلام فقتلناه قال هلا حبستموه في بيت ثلاثة ايام واطعمتموه في كل يوم رغيفا لعله يتوب او يقتل ثم قال اللهم اني لم امر ولم ارض اذا بلغني كذا ذكره الفقيه ابو الليث في شرح

الجامع الصغير ولان الظاهر من حال من تبدل الاسلام بعد المعرفة ووقوعه في الكفر لشبهة اعترضت فتزال الشبهة بعرض الاسلام عليه لكن العرض مستحب لا واجب لان المرتد كافر بلغته الدعوة والكافر اذا بلغته الدعوة لا يجب تجديد العرض عليه بل يستحب فكذا هذا او في بيع الاستحباب حل قتله قبل العرض واما وجوب القتل فلقوله تعالى تقاتلونهم او يسلمون قال بعض المفسرين نزلت هذه الاية في شان اهل الردة الذين ارتدوا على عهد ابي بكر الصديق ولقوله صلى الله عليه وسلم من بدل دينه فاقتلوه ولانه بنفس الردة صار محاربا لاهل الاسلام فيقتل لانه كافر ليس بمستامن ولا ذمي يقبل منه الجزية الا انه اذا استمهل يمهل ثلاثة ايام رجا الاسلام والتقدير بثلاثة ايام لما روينا في حديث عمر رضي الله عنه ولانها مدة وضعت لابلا العذر الا ترى الى قوله تعالى قال ان سالتك عن شي بعدها فلا تصاحبني قد بلغت من لدني عذرا اي ان سالتك عن شي بعد المرة الثانية مرة ثالثة فلا تصاحبني وقد صرت معذورا في مفارقتي وقال تعالى تمتعوا في داركم ثلاثة ايام ولانه تعالى امهل قوم صالح ثلاثة ايام بعدما حق عليهم العذاب وقال عليه السلام الثلاثة مدة للتامل والتروي ونقل الناطفي في الاجناس عن كتاب الارتداد لابي الحسن فان تاب المرتد وعاد الى الاسلام ثم عاد الى الكفر حتى فعل ذلك ثلاث مرات وفي كل مرة طلب من الامام التاجيل اجله الامام ثلاثة ايام فان عاد الى الكفر رابعا ثم طلب التاجيل فانه لا يوجله فان اسلم والا قتل وقال الكرخي في مختصره فان رجع ايضا عن الاسلام فاتي به الامام بعد ثالثة استتابه ايضا فان لم يتب قتله ولا يوجله وان هو تاب ضربه ضربا وجيعا ولا يبلغ به الحد ثم يحبسه ولا يخرجه من السجن حتى يرى عليه خشوع التوبة ويرى من حاله حال انسان قد اخلص فاذا فعل ذلك خلى سبيله فان عاد بعد ما خلى سبيله فعل به مثل ذلك ابدا ما دام يرجع الى الاسلام ولا يقتل الا ان ياتي ان يسلم قال ابو الحسن الكرخي وهذا قول اصحابنا جميعا ان المرتد يستتاب ابدا وروي عن علي وابن عمر رضي الله عنهم انه لا يقبل توبته بعد المرة الثالثة لانه مستخف مستهزي وليس بتايب يوبخ قوله تعالى ان الذين امنوا ثم كفروا ثم امنوا ثم كفروا ثم ازدادوا كفرا لم يكن الله ليغفر لهم وجه قول العامة ان الاية في حق من ازداد كفرا لا في حق من امن واظهر التوبة ويدل على هذا اطلاق قوله تعالى ولا تقولوا لمن القى اليكم السلام لست مومنا وقد روي عن النبي عليه السلام انه قال امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله **قوله** اعترته شبهة يقال عراه واعتراه بمعنى اي اتاه **قوله** فتزاح عنه اي تزال **قوله** وفيه دفع شره اي في عرض الاسلام دفع شر المرتد **قوله** باحسن الامرين واراد بهما الاسلام والقتل واحسنهما الاسلام **قوله** قال ويحبس ثلاثة ايام فان اسلم والا قتل اي قال القدوري في مختصره **قوله** يستمهل والاستمهال طلب المهلة **قوله** لابلا الاعذار اي لاظهارها مرتبا نه انفا **قوله** تاخير الواجب وهو القتل **قوله** لامر موهوم وهو اسلام المرتد **قوله** ولا فرق بين الحر والعبد اي لا فرق في قتل المرتد بين ان يكون حرا او عبدا اذا ابى الاسلام وفي امهاله اذا استمهل ثلاثة ايام ثم في استتابته وتخليته بعد ذلك اذا تاب او قتله اذا ابى لان الدليل لا يفصل بينهما كقوله تعالى اقتلوا المشركين وقوله عليه السلام من بدل دينه فاقتلوه **قوله**

وتبعية توبته ان يتبرأ عن الاديان كلها سوى الاسلام لانه لا دين له يعني لو كان له دين
كاليهودية والنصرانية لوجب عليه ان يتبرأ عن ذلك ولكن ليس له دين فلاجل هذا يتبرأ
عن الاديان كلها سوى دين الاسلام ولكن بعد ان ياتي بالشهادتين قال في شرح الطحاوي سئل ابو
يوسف عن المرتد كيف يستتاب فقال يقول اشهد ان لا اله الا الله وان محمدا عبده ورسوله
ويقر بما جاء من عند الله ويتبرأ من الذي انتحل وان يشهد ان لا اله الا الله وان محمدا رسول الله
وقال ولم ادخل في هذا الدين قط وانا بري منه اي من الدين الذي ارتد اليه فهي توبة
ايضا كذا نقل الشيخ ابو الحسن الكرخي عن ابي يوسف وقال في شرح الطحاوي اسلام النصراني
ان يقول اشهد ان لا اله الا الله وان محمدا عبده ورسوله ويتبرأ من دين النصرانية وان كان
يهوديا يتبرأ من اليهودية وكذلك اذا كان كل ملة يوقف عليها واما اذا قال اشهد ان لا اله
الا الله واشهد ان محمدا عبده ورسوله فانه لا يكون مسلما بهذا الاسم لانهم يقولون هذا الا
انهم اذا فسروا قالوا رسول الله اليكم هذا في اليهود والنصارى الذين بين ظهراني اهل
الاسلام واما اذا كان في دار الحرب وحمل عليه رجل من المسلمين فقال اشهد ان لا اله الا الله واشهد
ان محمدا عبده ورسوله فهذا دليل الاسلام او قال محمد رسول الله او قال دخلت في دين الاسلام
او قال دخلت في دين محمد عليه السلام فهذا دليل اسلامه ذكره في كتاب المرتد **قوله** قال
فان قتله قاتل قبل عرض الاسلام عليه كره له ولا شي على القاتل اي قال القدوري في مختصره
وهذا لان القتل وجب عليه بالنصوص بمجرد الكفر فلم يجب الضمان على قاتله لقيام المبيح وانما
العرض كان مستحبا لا واجبا فلاجل هذا كره القتل قبل العرض لترك الاستحباب **قوله**
فاما المرتدة فلا تقتل وهذه مسئلة القدوري اعلم ان المراة اذا ارتدت لا تقتل سواء كانت حرة
او امة عند علمائنا وقال الشافعي تقتل وهو قول ابي يوسف اولا كذا ذكر ابو الليث لعموم
قوله عليه السلام من بدل دينه فاقتلوه وهذا لان كلمة من عامة تتناول الذكر والانثى ولان الاشتراك
في العلة يوجب الاشتراك في الحكم وردة الرجل تبيح قتله فكذا ردة المراة للاشتراك في العلة وتحقيقه
ان الكفر من اقبح القبائح فكان افناؤه واعدامه واجبا بابلغ الوجوه وهو بافناء الكافر وقتله ولنا ما روى
ابو يوسف في كتاب الخراج عن ابي حنيفة عن عاصم بن ابي النجود عن ابي رزين عن ابن عباس رضي الله
عنهما قال لا تقتل النساء اذا هن ارتددن عن الاسلام ولكن يحبسن ويدعين الى الاسلام ويجبرن
عليه وروى محمد بن الحسن في المبسوط وقال بلغنا عن ابن عباس انه قال اذا ارتدت المراة عن
الاسلام حبست ولم تقتل ولان علة القتل هو الكفر المفضي الى الحراب وكفر المراة ليس بمفض
الى الحراب لعدم صلاح بنيتها بخلاف كفر الرجل فانه مفض الى الحراب لصلاحية بنيته والدليل على
هذا ان كل من كان كفره غير مفض الى الحراب لا يقتل كالكافرة الاصلية فكذا هذه ولان الاصل
ان يؤخر جزاء الجنايات الى دار الجزاء وهي دار الاخرة لقوله تعالى اليوم تجزى كل نفس بما كسبت
والمراد باليوم يوم الاخرة بالنقل لكن ترك هذا الاصل دفعا للشر والشر لا يتوجه من
النساء كما يتوجه من الرجال حتى اذا كانت المراة ذات راي وتبع وجاه تقتل لا لكفرها بل لسعيها
في الارض بالفساد وباقي البيان مر في باب كيفية القتال عند قوله وينبغي للمسلمين ان لا يغدروا
ولا يغلوا ولا يمثلوا والجواب عما تمسك فنقول ذاك عام متروك الظاهر لان من بدل دينه
من اليهودية الى النصرانية او من النصرانية الى اليهودية او من الكفر الى الاسلام لا يقتل
مع وجود التبديل فيحمل على الرجل المرتد صيانة للحديث عن التعطيل وتوفيقا بينه وبين

ما روينا

ما روينا لان راوي ذلك الحديث ايضا ابن عباس رضي الله عنهما ولا نسلم الاشتراك في العلة
لان العلة ليست مطلق الكفر بل الكفر المفضي الى الحراب كما بينا وباقي البحث يعلم في طريقة الخلاف
ان شاء الله تعالى **قوله** عدل عنه اي عن الاصل **قوله** لشرنا جزاء اراد به الواقع بقتال
ناجزا اي جزاء يبتدا به **قوله** ذلك اي الحراب **قوله** فصارت المرتدة كالاصلية
اي كالكافرة الاصلية يعني كما انها لا تقتل فكذلك المرتدة لا تقتل **قوله** قال ولكن تحبس
حتى تسلم اي قال القدوري في مختصره قال الحاكم الشهيد في الكافي ولا تقتل المرتدة ولكنها
تحبس ابدا حتى تسلم وقال في الشامل لا تقتل المرتدة وتحبس ابدا حتى تسلم خلافا للشافعي وقال
في التحفة تحبس المراة وتجبر على الاسلام وتضرب في كل ثلاثة ايام الى ان تسلم ثم لا فرق بين الحرة
والامة الا ان الامة تدفع الى مولاها اذا طلبها مراعاة لحق الشرع وحق المولى بان يجعل منزل
المولى عليها سجنا ومحبسا ويفوض تاديبها اليه بالضرب والجبر على الاسلام مع توفير حقه
في الاستخدام وفي الاصل شرط احتياج المولى اليها في الدفع ولم يشترط ذلك في الجامع الصغير
قال فخر الاسلام والصحيح انها تدفع الى المولى احتاج او استغنى وقال وكذلك لا يشترط
طلب المولى ايضا وقال في كفاية البيهقي لم يذكر الضرب في السير الكبير فان قلت
للمولى حق الاستخدام في العبد والامة جميعا فكيف دفعت الامة الى المولى دون العبد
قلت لان العبد يقتل اذا ابى فلا فائدة في الدفع اما الامة فلا تقتل
لكنها تجبر على الاسلام والمولى يقدر على الجبر مع الاستخدام وانما تحبس المراة وتجبر على الاسلام
لما روينا من حديث ابن عباس قبيل هذا ولانها لما ارتدت عن الاسلام بعدما التزمته لم يجز
اقرارها على الكفر لانها امتنعت عن ايفاء حق مستحق عليها ومن امتنع عن ايفاء حق مستحق عليه يجبر
على ايفائه بالحبس كما في حقوق العباد فكذا في حق الله تعالى لوجود الجامع وهو الامتناع عن الحق
المستحق ثم المرتدة ما دامت في دار الاسلام لا تسترق فان لحقت بدار الحرب ثم سبيت استرقت
وتجبر مع ذلك على الاسلام لان اصحاب رسول الله عليه السلام استرقوا نساء بني حنيفة هذا ظاهر
الرواية وروي عن ابي حنيفة انها تسترق وان كانت في دار الاسلام ذكره الولوالجي **قوله**
اما الجبر فلما ذكرنا واراد به قوله لانها امتنعت عن ايفاء حق الله تعالى الى اخره **قوله** واما
المولى اي اجبار المولى حذف المضاف واقام المضاف اليه مقامه كما في قوله تعالى وسئل القرية
اي اهل القرية **قوله** بين الحقين اي حق الله تعالى وهو الجبر على الاسلام وحق العبد وهو
الاستخدام **قوله** قال ويزول ملك المرتد عن امواله بردته زوالا مراعى فان اسلم عادت
الى حالها اي قال القدوري في مختصره والمراد بالزوال المراعى ان يكون امر الزوال موقوفا
الى ان يتبين حال المرتد وبانه في قوله فان اسلم الى اخره يعني اذا اسلم تعود امواله الى حالها
اي تبقى ملكا له كما كانت وان قتل او مات على الردة او لحق بدار الحرب وقضي بلحاقه يعمل
حينئذ السبب المزيل للملك وهو الردة عمله على البتات فينتقل الى ورثته كسب الاسلام
دون كسب الردة فانه فيء عند ابي حنيفة خلافا لصاحبيه ويجيء بعد هذا بيانه وقال
الشيخ ابو نصر البغدادي وغيره هذا الذي ذكره القدوري من الزوال المراعى قول
ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد لا يزول ملكه الا ان ابا يوسف جعل تصرفه بمنزلة
تصرف من وجب عليه القصاص وجعل محمد بمنزلة المريض وجه قولهما في عدم الزوال ان
الردة سبب مبيح للدم واباحة الدم لا توجب زوال الملك كمن وجب عليه الرجم او القصاص

فاذا كان كذلك كان حكمه حكم من وجب عليه القصاص فيعتبر تبرعاته من جميع المال وقال محمد هو
معرض التلف اذا كان لكل احد قتله بلا ضمان فصار حاله اخس من حال المريض فاعتبر تصرفه
في الثلث وجوابه من جهة ابي يوسف ان المرتد يتمكن من دفع الهلاك عن نفسه بالاسلام بخلاف
المريض وجه قول ابي حنيفة رضي الله عنه قوله عليه السلام امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا
لا اله الا الله فاذا قالوها عصموا مني دماءهم واموالهم بين ان النبي عليه السلام علق
عصمة الدم والمال بالاسلام ناطقا بالشهادتين فيعلم منه سقوط عصمة الدم والمال بالكفر
فلما ارتد تزول ملكه عنه لسقوط العصمة لكن قلنا بزواله مراعى لانه يرجى اسلامه بالدعوة
اليه والاجبار عليه فوجب التوقف في الزوال لاجل هذا فان اسلم صار كانه لم يزل ملكه اصلا
فان قتل او مات او لحق بدار الحرب وقضي باللحاق فحينئذ يحكم بالزوال الثابت لاستقرار كفره **قوله**
لانه مكلف محتاج يعني ان كونه مكلفا يقتضي بقاء ملكه لا زواله لانه لا يتمكن من اقامة موجب
التكليف بدون المالكية وبقاء المالكية توجب تقرر الملك لا زواله **قوله** وهذا يوجب
زوال ملكه اي كونه مقهورا يوجب ذلك لان المقهورية اثر المملوكية فاذا ثبت انه مقهور مملوك
في ايدينا ارتفعت مالكيته لمنافاة بين المالكية والمملوكية فاذا ارتفعت المالكية زال الملك لا محالة
لان ارتفاع المالكية مع بقاء الملك محال **قوله** ومالكيته بالجر للعطف على قوله ملكه **قوله**
جعل العارض كان لم يكن في حق هذا الحكم اي جعل كفر المرتد اذا اسلم كان لم يكن في حق بقاء ماله على
ملكه يعني يجعل كانه لم يزل عن ملكه اصلا واحترز بقوله في حق هذا الحكم عن حبوط عمله وعن
بينونة امراته وعن وجوب تجديد كلمة الشهادة لان ردته لا تجعل كان لم يكن في حق هذه الاحكام
قوله فلم يعمل السبب ولم نعمل بالسبب اي لم يعمل السبب المزيل للملك وهو الارتداد
عمله حتى عادت امواله الى حالها الاولى ولم نعمل نحن ايضا بذلك السبب حتى لم نقل
بزوال الملك **قوله** قال وان مات او قتل على ردته انتقل ما اكتسبه في اسلامه الى
ورثته المسلمين الى اخره اي قال القدوري في مختصره فلو قال وان مات او قتل على ردته او
لحق بدار الحرب فحكم بلحاقه كان اولى لان حكم الحاكم باللحاق مثل موته ولهذا صرح بذكره
الكرخي في مختصره اعلم ان احد الاشياء الثلاثة اذا وجد كان كسب اسلامه ميراثا للمسلمين
من ورثته وكسب ردته فيء عند ابي حنيفة وزفر والحسن كذا ذكره الكرخي في مختصره
وقال صاحباه كلاهما ميراث لهم وقال الشافعي الكسبان جميعا فيء لان المسلم لا يرث الكافر
لما روى صاحب السنن باسناده الى اسامة بن زيد رضي الله عنه قال لا يرث المسلم الكافر
ولا الكافر المسلم وروي في السنن ايضا عن رسول الله عليه السلام انه قال لا يتوارث
اهل ملتين شتى فلما لم يرثه المسلم كان ماله مال حربي مقهور في ايدينا فكان فيئا وهذا لانه
بارتداده صار حربا علينا ولنا ما روى ابو يوسف في كتاب الخراج وقال حدثنا الاعمش عن ابي عمرو
عن علي رضي الله عنه انه اتي بمستورد العجلي وقد ارتد فعرض عليه الاسلام فابى فقتله وجعل
ميراثه بين ورثته من المسلمين ثم وجه قولهما ان الردة لم توجب زوال الملك اصلا عندهما
لما مر قبل هذا فكانت عقوده في الردة نافذة عندهما فكان حكم الكسبين سواء فانتقل الملك
الى ورثته بموته او قتله او الحكم باللحاق بدار الحرب ولا يقال انه توريث المسلم من الكافر
لان التوريث يستند الى ما قبل الردة فيكون كان كسب الردة كسب الاسلام فيكون على هذا
توريث المسلم من المسلم لا من الكافر ووجه قول ابي حنيفة ان حرمة مال المسلم لحرمة ذمته

فلما

فلما سقطت العصمة عن الدم باعتراض الكفر سقطت عن المال ايضا فكان فيئا لجميع المسلمين ما
اكتسبه في الردة بخلاف كسب الاسلام فانه مال معصوم انتقل الى ورثته باستقرار الكفر
بالموت او القتل او الحكم باللحاق بدارهم وقبل ذلك لم يحكم بالانتقال لتردد حال المرتد
هل يقيم على الكفر او يتوب فان قيل ما معنى قولكم بزوال ملك
المرتد زوالا مراعى فانه لا يخلو من احد الامرين اما ان يزول او لا يزول فان زال وجب
ان لا يعود بالاسلام لان الساقط لا يعود وان لم يزل فلا معنى لقولكم بزوال زوالا
مراعى قلت يجاب بان يزول ثم يعود بالاسلام الا ترى ان
الملك يزول بالهبة والتسليم ثم يعود بالرجوع وقوله لا معنى لقولكم بزوال زوالا
مراعى فنقول مثل هذا اللبس ممتنع كما في الطلاق الرجعي والبيع المشروط فيه
الخيار وكما في خيار المجلس عندهم فان قيل
اذا كانت الردة سببا مزيلا للملك فلا يخلو اما ان يكون الزوال قبلها او معها او بعدها
فلا يجوز الاول لان فيه تقديم المسبب على السبب وهو فاسد ولا يكون الثاني لان الحكم
يعقب السبب ولا يكون مقترنا معه ولا يجوز الثالث لانه حينئذ ملك الكافر فلا
يجوز نقله الى المسلم قلت هذه مغالطة لانا نقول
ينتقل ملك الكافر الى المسلم بل ينتقل ملك المسلم الى المسلم بيانه ان الردة موت حكمي لقوله
تعالى اومن كان ميتا فاحييناه اي كافرا فهديناه فيعتبر بالموت الحقيقي ثم الموت الحقيقي
يزيل ملك الحي لا ملك الميت فكذلك الردة تزيل ملك المسلم لا ملك المرتد فيعني قولنا مسلم
ارتد بمنزلة قولنا مسلم مات **قوله** كلاهما لورثته اي كلا الكسبين وهما كسب
الاسلام والردة **قوله** على ما بيناه اشارة الى قوله لانه مكلف محتاج الى اخره **قوله**
ويستند الى ما قبل ردته اي يستند التوريث فاذا كان كذلك صار كانه اكتسب كسب الردة
قبل الردة **قوله** ولابي حنيفة رضي الله عنه انه يمكن الاستناد الى اخره يعني ان القول
باسناد التوريث ممكن في كسب الاسلام لوجود كسب الاسلام قبل الردة بخلاف كسب
الردة فان القول باسناده التوريث لا يمكن لعدم كسب الردة قبل الردة اذ من شرط
اسناد التوريث الى ما قبل الردة وجود الكسب قبل الردة ولم يوجد وهذا لان الشيء
يثبت ثم يستند **قوله** ثم انما يرثه من كان وارثا له حالة الردة ويبقى وارثا الى وقت
موته في رواية عن ابي حنيفة اعتبارا للاستناد يعني يرث منه كسب اسلامه عند ابي حنيفة
من كان وارثا له عند وجود الردة الى ان يوجد احد الاشياء الثلاثة لاستناد الارث
الى حالة الردة من وجه بيانه ان الردة يثبت بها الارث بعد وجود الاشياء الثلاثة
وان لم يثبت قبل وجودها فاذا وجدت صار كان الوارث ورثه حين الردة فلاجل هذا
اشترط كونه وارثا الى وجود احد الثلاثة فلا يرثه الوارث اذا ارتد بعد ردة ابيه
قبل موته على هذه الرواية **قوله** وعنه انه يرثه من كان وارثا له عند
الردة ولا يبطل استحقاقه بموته بل يخلفه وارثه اي لا يبطل استحقاق الوارث بموت
الوارث بل يخلف الوارث وارث الوارث ووجهه ان الردة كالموت فيعتبر بزمان
الردة وهذا قول زفر ايضا كذا في الشامل قال الكرخي في مختصره من كان من الورثة
حرا مسلما يوم ارتد فله الميراث ومن كان من ورثته كافرا او عبدا يوم ارتد

تعتق بعد الردة قبل ان يقتل او اسلم الكافر بعد الردة قبل القتل فلا ميراث له لانه لم يكن وارثا يوم ارتد
ولو كان وارث المرتد مسلما يوم ارتد فارتد الوارث بعد ردة ابيه قبل ان يقتل او يموت او يلحق بدار
الحرب او بعد ذلك قبل ان يحكم بلحاقه فله الميراث لانه كان وارثا يوم ارتد ولا يعتبر بما حدث
بعد ذلك وهذا قول ابي حنيفة الى هنا لفظ الكرخي واعتمد هو على هذه الرواية حيث لم يذكر لابي
حنيفة قولا اخر في مختصره ثم قال الكرخي فيه وقال ابو يوسف يعتبر حال الوارث يوم يقتل
المرتد او يموت او يحكم بلحاقه فان كان ممن يستحق الميراث ورث منه والا لم يرثه ولم يعتبر ما قبل
ذلك واعتبر محمد حال الوارث يوم اللحاق لا يوم الحكم باللحاق لان باللحاق يزول العصمة والامان
والذمة في حق المستامن والذمي وجه قول ابي يوسف ان العارض منصوص والله فتوقف
ثبوت حكمه على القضا وقال الكرخي خالف محمد ابا يوسف في هذا الوجه وقال هذا بمنزلة المكاتب
يموت وقد ترك وفاء فهو دين الكتابة فانه يعتبر حال وارثه يوم مات ولا يعتبر حاله يوم
ادى الكتابة قال في الشامل اللحاق بالدار بمنزلة الموت لانقطاع احكام دارنا وولايتنا عنه
فهو كالهلاك الا ان في الموت لا يحتاج الى القضا وهنا يحتاج لان ذلك حقيقي ما يوس عن ارتفاعه
فالحكم يثبت به بدون قضا بخلاف اللحاق ولهذا خرج عن استدلال محمد بموت المكاتب
قوله وعنه انه يعتبر وجود الوارث عند الموت وهو قول ابي يوسف ومحمد وقد ذكرناه
انفا وذكر صاحب الهداية هذه الروايات تفريعا للمسألة القدوري وذلك لما علل في المتن وهو
ان الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمام السبب كالحادث قبل انعقاد السبب فلاجرم يعتبر
زمان الموت لان السبب يتم به حتى يرثه الولد الحادث بعد الردة قبل القتل او الموت كالولد
الحادث قبل الردة واصله الولد الحادث في المشتراة قبل القبض حيث يكون له حصة من الثمن
غير مضمونة حتى اذا هلك في يد البايع قبل القبض بغير فعل احد هلك بغير شي وبقي الثمن كله
متعلقا بالاصل كما كان كذلك لو كان الولد حادثا قبل انعقاد السبب وهو البيع قوله وترثه امرأته
المسلمة اذا مات او قتل وهي في العدة وكذلك ترث منه امرأته اذا كانت في العدة وقت اللحوق
بدار الحرب وبه صرح في شرح الطحاوي وهذا لان الرجل لما كان يستحق القتل بالردة اشبه
ردته التي حصلت بها البينونة الطلاق البائن في حالة المرض والطلاق البائن في حالة المرض
يوجب الارث اذا كانت في العدة لان امرأة الفار ترث عندنا فكذا الردة وروى في المبسوط
عن ابي يوسف عن ابي حنيفة انها ترثه وان كانت منقضية العدة وهذا لانها كانت وارثة عند
ردته وينبغي ان تكون هذه على تلك الرواية التي تعتبر وجود الوارث عند الردة والاولى
على تلك الرواية التي تعتبر وجود الوارث عند الردة وبقاءه وارثا الى وقت موته او على الرواية
التي تعتبر وجوده عند الموت فان قيل اي فرق بين ما اذا كانت
المرأة مدخولا بها او لم يكن مدخولا بها فالاولى ترث المرتد والثانية لا واي فرق ايضا
بين بقا العدة حال موت المرتد وعدم بقائها حيث ترث المعتدة دون المنقضية العدة
قلنا الفرق ان الردة موت حكما لا حقيقة ولهذا تعتد
امرأته بثلاث حيض لا باربعة اشهر وعشر لان زوجها حي حقيقة فلما كان زوجها حيا ولم
يتقرر حكم الارتداد قبل الموت او الحكم باللحاق لم ترثه لان الحي يرث الميت لا الحي وحال موت
الزوج كانت مباينة لانها بانت بمجرد ردته والمباينة لا ترث اذا لم تكن عند موت الزوج اثر من
اثار النكاح وكذا المنقضية العدة لانه لم يبق اثر النكاح قوله والمرتدة كسبها لورثتها

لانها لاحراب منها فلم يوجد سبب الفي بخلاف المرتد عند ابي حنيفة رضي الله عنه تحقيقه ان
عصمة المال تابعة لعصمة النفس ثبوتا وسقوطا فبارتداد الرجل تسقط عصمة النفس لكونه
حربا علينا فيقتل فتسقط عصمة المال ايضا تبعا لها فيكون كسب الارتداد فيا عند ابي حنيفة
كمال حربي مقهور في ايدينا اما ارتداد المرأة فلا تسقط به عصمة النفس لانها لا تقتل لعدم
الحراب فلا تسقط عصمة المال ايضا فصار كسبها في الردة ميراثا بين ورثتها المسلمين ككسبها في
الاسلام قوله ويرثها زوجها المسلم اذا ارتدت وهي مريضة قال في شرح الطحاوي لو
ماتت في الحبس او لحقت بدار الحرب كان لها ميراثا لورثتها على فرايض الله تعالى ولا يرث
زوجها منها لان الفرقة وقعت بالردة الا اذا ارتدت وهي مريضة فماتت من ذلك المرض حينئذ
يرث الزوج منها لانها قصدت الفرار من ميراث الزوج قوله بخلاف المرتد ستصل بقوله
فلم يتعلق حقه بمالها يعني ان المرتدة ان كانت صحيحة حالة الارتداد او لا يرثها زوجها لعدم تعلق
حق الزوج بمالها لانها لا تقتل عندنا فلم يوجد منها قصد الفرار بخلاف ما اذا ارتد الزوج
حيث ترثه امرأته المسلمة اذا مات وهي في العدة سوا ارتد في صحته او في مرضه لانه تعلق حقها
بماله لانه يستحق القتل فكان فارا بالارتداد فورثته قوله وان لحق بدار الحرب مرتدا
وحكم الحاكم بلحاقه عتق مدبروه وامهات اولاده وحلت الديون التي عليه ونقل ما اكتسبه
في حالة الاسلام الى ورثته المسلمين هذا لفظ القدوري في مختصره قال صاحب الهداية
وقال الشافعي يبقى ماله موقوفا كما كان لانه نوع غيبة وقال في وجيزهم ملك المرتد يزول
على قول ويبقى على قول وهو موقوف على قول وقال في شرح الطحاوي اذا مات او قتل او لحق
بدار الحرب وقضى القاضي بلحاقه فانه يقسم تركته على ما ذكرنا وتحل ديونه المؤجلة ويحكم
بعتق امهات اولاده ومدبريه من جميع ماله وتبطل وصيته ثم قال هكذا ذكر محمد في السير
الصغير ثم قال وهذا اذا كانت وصية يصح الرجوع عنها وقال الطحاوي لا تبطل وصيته فيما
لا يصح الرجوع وقال الامام الولوالجي في فتاواه تبطل وصاياه ما اوصى به في الاسلام اذا قضى
القاضي بلحاقه سوا كانت وصية بالقربة والطاعة او بغير القربة وقالا الوصية بغير
القربة لا تبطل لان لبقا الوصية حكم الابتدا وابتدا الوصية بغير القربة بعد الردة
عندهما يصح وعند ابي حنيفة يتوقف فكذا هنا الى هنا لفظه واراد بالوصية بغير القربة
الوصية للنايحة والمغنية وفي ظاهر الرواية ابطل وصيته مطلقا في المبسوط وغيره
ولم يفرق بين القربة وغيرها ولم يذكر الخلاف وذلك لانه لما التحق بدار الحرب صار حربا
علينا واهل الحرب اموات في حقنا الاترى الى قوله تعالى او من كان ميتا فاحييناه اي كافرا
فهديناه ولانه باللحاق ينقطع التزام احكام الاسلام عنه كما ينقطع عن الميت فصار
اللاحق كالميت لكن اللحاق ليس بامر مستقر فاحتيج الى قضا القاضي او لان انقطاع الحقوق
باللحاق امر مختلف فيه فتوقف نفاذه على قضا القاضي كما في ساير المجتهدات ثم لما قضى
القاضي بلحاقه حكم بموته فتثبت الاحكام المذكورة من عتق المدبرين وامهات الاولاد
وحلول الديون المؤجلة ونقل كسب الاسلام الى الورثة باتفاق اصحابنا خلافا للشافعي وقد
مر بيانه مستوفيا عند قوله وان مات او قتل على ردته انتقل ما اكتسبه في اسلامه الى
ورثته المسلمين ثم لما حلت ديونه يقضي من كسبه وتفصيل قضائها من كسب الاسلام او
من كسب الردة يجي عقيب هذا ان شا الله تعالى قوله ويبقى ما ذكرناها اي الاحكام

المتعلقة بموت المرتد هي التي ذكرناها من عتق المدبرين وامهات الاولاد وحلول الديون ونقل
كسب الاسلام يقال حل الدين محلا من باب فعل يفعل بفتح العين من الماضي وكسرها في
المستقبل كذا اثبته صاحب الديوان وغيره قوله ثم يعتبر كونه وارثا عند الحاقه في
قول محمد قد مر بيان هذا مستوفى عند قوله ومعناه انه يرثه من كان وارثا له عند الردة
ويبقى ثمه قوله هو السبب اي السبب لزوال العصمة قوله لتقرره اي لتقرر السبب
قوله وقال ابو يوسف وقت القضا اي يعتبر كونه وارثا وقت القضا قوله يصير موتا
بالقضا اي اللحاق لا يعتبر موتا لعدم استقراره الا بالقضا قوله والمرتدة اذا لحقت بدار
الحرب فهي على هذا اي على هذا الخلاف بين ابي يوسف ومحمد فعند ابي يوسف يعتبر وجوده
الوارث وقت القضا وعند محمد وقت اللحاق او معناه على هذا الذي ذكرنا من عتق المدبر
وحلول الدين ونقل الكسب الى الورثة لكن الى ورثة وقت اللحاق او وقت القضا على الاختلاف
قوله ويقضي الديون التي لزمته في حالة الاسلام بما اكتسبه في حالة الاسلام وما لزمه
في حال ردته من الديون بما اكتسبه في حال ردته هذا لفظ القدوري في مختصره وهو
قول زفر والحسن كذا قال الكرخي في مختصره وقال في شرح الاقطع روي عن ابي حنيفة
مثله ولكن لم ينسب هذا القول الى ابي حنيفة بل قال في مختصره وقال زفر والحسن ما لحقه في حال
الاسلام من الدين فهو فيما كسبه في حال الاسلام وما لحقه من الدين في حال الردة فيما كسبه
في حال الردة فلا يكون ما كان في الاسلام في مال الردة ولا ما في الردة في مال الاسلام
وقال ايضا في مختصره روى الحسن ابن زياد ان ما كان على المرتدين من دين قبل ردته او بعدها
فهو فيما كسب في حال اسلامه للدينان جميعا ولا يكون فيما كسب في حال ردته ويكون ما كسبه
في حال ردته فيا لجميع المسلمين الا ان يبقى كسبه في حال اسلامه بدينه فيكون ما بقي فيما كسب
في حال ردته في وهذا بخلاف ما رواه ابو يوسف لان ابا يوسف روى عن ابي حنيفة ان
الدين كله ما لحق قبل الردة او بعدها فيما كسب بعد الردة الا ان لا يبقى كسبه في حال الردة
فيكون ما بقي في كسبه في حال الاسلام وجه ما روى القدوري وهو قول زفر والحسن ان الدين
المستحق اي الواجب بالسبب الواقع في حالة الاسلام يخالف الدين الواجب بالسبب الواقع
في حال الردة ثم كل واحد من كسب الاسلام وكسب الردة حصل بذلك السبب الموجب
للدين فلا جرم يقضي دين هذه الحالة من كسب هذه الحالة ودين تلك الحالة من كسب تلك الحالة
للمناسبة لان الغرم بالغنم ووجه ما روى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله ان الدين يتعلق
بما يورث لا بالفيء وكسب الاسلام موروث دون كسب الردة لانه فيء فيقضي من كسب الاسلام
لا كسب الردة الا اذا لم يكن في كسب الاسلام وفاء بالدين فحينئذ يقضي من كسب الردة ولانه
يمنع قضا الدين من كسب الردة لكونه فيا الا ترى ان الذمي اذا لم يكن له وارث يكون تركته
فيا لبيت المال ثم اذا ظهر عليه دين يقضي منه كذا هذا ووجه ما روى ابو يوسف عن ابي حنيفة
ان الدين يتعلق بما له عند الموت لا بما زال من قبل وكسب الاسلام زال وانتقل الى ورثته
بالردة وما له عند الموت كسبه في الردة فيقضي الديان من كسب الردة الا اذا لم يف كسب
الردة بالدين فحينئذ يقضي من كسب الاسلام لان الدين مقدم على الارث وهذا معنى قوله
تقد بما لحقه اي لحق المرتد هذا كله قول ابي حنيفة رحمه الله اما على اصل ابي يوسف ومحمد
فديونه واكسابه في الحالين سوا لان كسب الردة موروث عندهما ككسب الاسلام لانه يملكهما

جميعا

جميعا قوله وهذه رواية عن ابي حنيفة اي قضا دين الاسلام من كسب الاسلام وقضا
دين الردة من كسب الردة رواية عن ابي حنيفة وهو قول زفر والحسن قوله وعنه
انه يبدا بكسب الاسلام اي عن ابي حنيفة ان الشان يبدا في قضا الدين بكسب الاسلام وهي رواية
الحسن عنه ذكرناه انفا قوله على عكسه اي يبدا بكسب الردة فان لم يف فيقضي من كسب
الاسلام وهذه رواية ابي يوسف عن ابي حنيفة قوله وجه الاول اي وجه المذكور الاول
وهو قضا دين كل حال من كسب تلك الحال وقد اتضح بيان ما قال في الوجه الاول من تقريرنا
انفا ولا حاجة الى الاعادة قوله حتى تخلفه الوارث بعضهم الغا لان حق الحال ذكره ايضا
حالما قبله وهو ان كسب الاسلام ملك المرتد فيه اي في كسب الاسلام قوله من محل حواراد
به كسب الاسلام قوله منه اي من كسب الردة قوله ولو كان عليه اي على الذمي قوله
وكسب الردة خالص حقه وذلك لانه لا حق للورثة فيه ولم يصر فيا قبل الموت وقد تعلق دينه
به قبل ان يصير فيا لاستحقاقه القتل ولا يقال انه ليس بمالك له فكيف يكون خالص حقه
لانا نقول لا نسلم انه ليس بمالك لان الملك عبارة عن المطلق الحاجز وغير محجور عن التصرف
وهو مطلق في التصرف فيه على مذهبهما لان ملكه ثابت وعلى مذهب ابي حنيفة الملك موقوف
فعلم ان الملك في الحال في حال الردة موجود وان زال بالموت او القتل وهذا ما لاح لي في هذا المقام
في بيان كون كسب الردة خالص حقه والله اعلم قوله وما باعه او اشتراه او وهبه او اعتقه
او تصرف فيه من امواله في حال ردته فهو موقوف فان اسلم صحت عقوده وان مات او قتل
او لحق بطلت اي قال القدوري في مختصره وكلمة من للبيان لقوله ما باعه وانما قال صاحب الهداية
وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يجوز ما صنعه في الوجهين لان القدوري لم يذكر
الخلاف في هذا الموضع واراد باحد الوجهين الاسلام وبالثاني احد الاشيا الثلاثة من
الموت او القتل او اللحاق بدار الحرب قال في الشامل في قسم المبسوط وجميع تصرفاته في
حال ردته من بيع وشرا وعتق وتدبير وكتابة وهبة ووطي امة وادعا نسب جايز ان
اسلم وباطل ان لحق الا النسب فانه يثبت عند ابي حنيفة رحمه الله وعند ابي يوسف رحمه الله
يجوز كما يجوز من الصحيح وعند محمد رحمه الله يجوز كما يجوز من المريض وجملة القول هنا ان
تصرفات المرتد على اربعة اقسام نافذ بالاتفاق كالطلاق وتسليم الشفعة وقبول الهبة
والحجر على عبده المأذون والاستيلاد لانها لا تبتني على حقيقة الملك وباطل بالاتفاق كالنكاح
والذبيحة والارث لانها تعتمد الملة ولا ملة للمرتد وموقوف بالاتفاق كالمفاوضة مع المسلم
لانها تعتمد المساواة ولا مساواة بين المسلم والمرتد الا ان عندهما ان مات او قتل صارت عنانا
كذا في شرح الطحاوي ومختلف فيه كالعتق والهبة والكتابة وقبض الديون والاجارة
والوصية والشرا قال ابو حنيفة موقوف ان اسلم جاز ما صنع وان قتل او مات على ردته
او لحق بدار الحرب بطل ذلك كله وقال ابو يوسف ومحمد نافذ كذا قال الصدر
الشهيد في شرح الجامع الصغير وجه قولهما ان صحة التصرف بقيام الاهلية وبقاؤه
بالملك ولا شك في قيام اهلية المرتد لقيام الخطاب عليه الا ترى ان القتل يجب عليه بارتداده
ولو كانت اهليته معدومة او ناقصة لم يجب عليه القتل ولا شك في بقا ملكه ايضا لانه
مكلف محتاج ولا يحصل القيام بموجب التكليف بدون الملك والدليل على قيام ملكه بعد
الردة انه لو ولد له ولد بعد الردة لستة اشهر فصاعدا من امراة مسلمة او امة مسلمة

يرثه فلو كان ملكه زايلا لم يرثه هذا الولد ولو ان ولد المولود قبل الردة مات بعد
الردة قبل موت المرتد قبل لحاقه لا يرثه فلو لم يكن ملكه قايما بعد الردة لورثه هذا
الولد لانه كان حيا وقت ردة الاب فلما كان ملكه قايما صح تصرفه ونفذ الا ان عند
ابي يوسف يصح تصرفه كما يصح تصرف الصحيح من جميع المال وعند محمد من ثلث المال
كالمريض لانه على شرف الهلاك حقيقة وحكما اما حقيقة فلانه لا يرجع عما انتحل
اليه غالبا فيكون ذلك سببا الى القتل فيقتل واما حكما فلانه يلتحق بدار الحرب خوفا
من القتل فكان حاله كالمريض واحتج محمد على ابي يوسف بانه اذا اقر لوارث بدين لم
يجز وجه قول ابي يوسف ان غاية ما في الباب ان قتله مباح وهذا لا يوجب خللا في
تصرفه كالمحكوم عليه بالرجم او القصاص وليس هو كالمريض لانه يتمكن من دفع الهلاك
عن نفسه بالاسلام بخلاف المريض والظاهر من حاله ايضا ان يعود الى الاسلام بزوال
الشبهة فلا يقتل حينئذ ووجه قول ابي حنيفة ان العاصم للنفس والمال هو الاسلام
لقوله عليه السلام فاذا قالوها فقد عصموا مني دماءهم واموالهم ثم لما ارتد سقطت
العصمة عن النفس والمال جميعا فلما سقطت العصمة عن المال جعلنا تصرفه فيه موقوفا
رجاء الاسلام كما جعلنا ملكه موقوفا ايضا لهذا المعنى فصار المرتد لكونه حربيا مقهورا تحت
ايدينا كالحربي الذي اسر فهو تحت ايدينا حيث يكون تصرفه موقوفا لان الامام مخير في اساريهم
بين القتل والاسترقاق وتركهم احرارا ذمة للمسلمين فان ترك الحربي حرا ذمة لنا جاز منه
تصرفه والا فلا فكذا كان تصرف المرتد موقوفا الى ان يتبين حاله فان اسلم صح والا بطل
ولا يشبه المرتد من وجب عليه القتل بسبب الزنا او بسبب القتل العمد لان ثمه يكون تصرفه
نافذا بلا توقف وتصرف المرتد متوقف لان بالارتداد بطل سبب العصمة فاوجب ذلك
خللا في حاله فتوقف تصرفه وفي الزاني والقاتل عمدا لم يبطل العصمة لبقاء الاسلام فلم يجب
القتل لبطلان العصمة بل وجب جزاء لعدوانه فلم يثبت الخلل في الاهلية فنفذ تصرفه
بلا توقف ولا يشبه المرتدة ايضا لانها ليست من اهل الحراب ولهذا لا تقتل عندنا الا اذا
لحقت بدار الحرب فحينئذ تعتبر حربية والمرتد حربي في الحال لوجوب جزاء المحاربة عليه
فلهذا كانت عقود المرتدة كلها جايزة اتفاقا وعندنا فانها موقوفة ان اسلمت صحت والا
صارت عنانا كما قالوا في المرتدة كذا قال الامام الاسبيجابي فان قلت
كيف نفذ طلاق المرتد بمجرد الردة تبين المراة قلت
ليس هذا بممتنع الا ترى ان المسلم اذا ابان امراته ثم طلقها في عدتها جاز فكذا هذا والدليل
على هذا ان الرجل اذا وكل وكيلا على طلاق امراته فارتد الزوج فطلاق الوكيل يقع
عليها ما دامت في العدة والمسئلة منصوصة في شرح الكافي وسنبينها ان شاء الله تعالى في
اخر كتاب الوكالة ويحكى ان لا يقع البينونة ايضا بالردة كما اذا ارتد الزوجان معا ثم طلقها
بعد العدة فلا يرد السؤال اصلا **قوله** لانه لا يفتقر الى حقيقة الملك وتمام الولاية
فيه لغة ولئن يبغي ان الاستيلاد لا يفتقر الى حقيقة الملك بدليل ان الاستيلاد يصح في
جارية الابن وان لم يكن للاب فيها ملك حقيقة بل له حق التملك في مال الابن لدفع حاجته
والاستيلاد من حاجته وان الطلاق لا يفتقر الى تمام الولاية الا ترى ان العبد يصح طلاقه
مع انه لا ولاية له على نفسه اصلا **قوله** ولا ملة له اي للمرتد **قوله** وهو ما عددناه

اي التخلف في توقفه الذي عددناه من البيع والشرا والاعتاق والهبة ونحو ذلك **قوله**
والنفاذ يعتمد الملك كلاهما بالنصب عطفا على قوله ان الصحة تعتمد الاهلية يعني ان نفاذ
التصرف يعتمد الملك **قوله** على ما قررناه من قبل اشارة الى ما ذكر بقوله لانه مكلف محتاج
في تعليل قولهما قبل ورقة عند قوله ويزول ملك المرتد عن امواله بردته زوالا مراعى
قوله تزاح الازاحة بالزاي المعجمة الازالة **قوله** من انتحل الى نحلة يقال انتحل فلان
قول غيره او شعر غيره اذا ادعاه لنفسه والنحلة بكسر النون وسكون الحاء الدعوى كذا
في ديوان الادب وكانه اراد به هنا من انتسب الى دعوى **قوله** على ما قررناه في
توقف الملك اشارة الى ما ذكر من تعليل ابي حنيفة بقوله ولهما انه حربي مقهور تحت
ايدينا عند قوله ويزول ملك المرتد **قوله** بناء عليه اي على توقف الملك **قوله**
وصار كالحربي يدخل دارنا بغير امان فيوخذ ويقهر يتوقف تصرفاته لتوقف حاله
فكذا المرتد وفيه نظر لان الحربي الداخل دارنا بغير امان يكون فيا فكيف يتوقف تصرفاته
فلو قال كالحربي الذي اسر على ما امضينا ذكره كان اولى قال الكرخي في مختصره لو ان رجلا
من اهل الحرب او رجلين دخلا دار الاسلام بغير امان صار فيا للمسلمين **قوله**
لبطلان سبب العصمة اراد بسبب العصمة الاسلام **قوله** في الفصلين اي في فصل الحربي
والمرتد يريد ان هذا كله **قوله** وان عاد المرتد بعد الحكم بلحاقه الى دار الاسلام مسلما فما وجده
في يد ورثته من ماله بعينه اخذه هذا لفظ القدوري في مختصره اعلم ان المرتد اذا عاد تائبا الى
دار الاسلام فلا يخلوا من احد الامرين اما ان كان عوده قبل حكم القاضي باللحاق او بعده فان
كان قبل الحكم بطل حكم الردة في ماله لان زوال ملكه كان مراعى فبطلت المراعاة بالاسلام
فصار كانه لم يزل مسلما ولا يعتق عليه شي من امهات الاولاد والمدبرين وان كان بعد الحكم
فكل ما وجده في يد ورثته اخذه لان الوارث خلفه فلما وجد الاصل بطل حكم الخلف ولان
المال ملكه عليه بلا عوض فكان حكمه حكم الهبة فالواهب له حق الرجوع في الموهوب ما دام
قايما فكذا هذا وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير روي ان علقمة بن علاثة ارتد
على عهد ابي بكر رضي الله عنه ثم رجع في عهد عمر بن الخطاب رضي الله عنه تائبا فرد عليه ماله ولذلك
قلنا انه يرد عليه ماله اما ما ازاله الوارث عن ملكه سواء كان بسبب يلحقه الفسخ كالبيع والهبة او
بسبب لا يلحقه الفسخ كالاعتاق والتدبير والاستيلاد فذلك كله ماض لا سبيل للمرتد عليه ولا
ضمان على الوارث ايضا لانه ازاله حين كان له سبيل من الازالة فصار كالموهوب خرج من
يد الموهوب له قال الكرخي في مختصره ان كان المكاتب ادى ما عليه من الكتابة الى الورثة فعتق
ثم جاء الوارث مسلما مضى عتق المكاتب ولا يفسخ وان كان ما اداه قايما في يد الورثة اخذه المرتد
قال في شرح الطحاوي والولاء للمرتد وكذلك عتق امهات الاولاد والمدبرين لا يفسخ لان
العتق بعد وقوعه لا يحتمل النقض والفسخ لانه لما جاء الينا تائبا صار كانه حيي بعدما
مات فلو حيي حقيقة بعد الموت وان كان ذلك بخلاف العادة لم يكن له على امهات الاولاد
والمدبرين سبيل فكذا هذا **قوله** لا يستغنا به اي لا يستغنا المرتد **قوله** بدليل
مصحح وهو قضا القاضي بلحاقه **قوله** لما ذكرنا اشارة الى قوله الا انه لا يستقر لحاقه الا
بقضاء القاضي فلا بد من القضا **قوله** واذا وطي المرتد جارية نصرانية كانت له في
حال الاسلام فجاءت بولد لاكثر من ستة اشهر الى اخره وهذه من خواص الجامع الصغير

وصورتها فيه مرتد له امة نصرانية جاءت بولد بعد الردة لستة اشهر فادعاه كان
هو ابنه وهو حر والامة ام ولد فان مات او قتل او لحق ورثه هذا الولد وان كانت امة مسلمة
ورثه كذا ذكر فخر الاسلام البزدوي وغيره وذكر الصدر الشهيد والعتابي في شرحيهما
للجامع الصغير اذا جاءت بولد لاكثر من ستة اشهر منذ ارتد وبهذا كله احتجنا زعما اذا
جاءت بالولد لاقل من ستة اشهر حيث يرثه اذا مات او قتل او لحق وحكم باللحاق وذلك
لان العلوق حصل يقينا في حال اسلام المرتد فكان الولد مسلما والمسلم يرث المرتد وبه
صرح العتابي وغيره بخلاف ما اذا ولدت لستة اشهر فصاعدا حيث ينظر فان كانت الامة
يهودية او نصرانية لا يرثه لان الولد يجعل تبعا لابيه لا لامه لان الاب اقرب الى الاسلام
حيث لا يقر على الردة بل يجبر على الاسلام ولا تجبر الام فلما كان الولد تبعا لابيه صار
مرتدا والمرتد لا يرث من احد لا من المسلم ولا من المرتد فلم يرث الولد لهذا وان
كانت الامة مسلمة كان الولد مسلما تبعا لها لان الولد يتبع خير الابوين دينا والمسلم
يرث المرتد ثم اعلم ان دعواه الولد صحيحة على قولهما بلا اشكال لان عقود المرتد
عندهما جائزة فكذلك دعوته اما ابو حنيفة فانه جعل عقوده موقوفة لكن جعل دعوته صحيحة
لان الاستيلاد لا يفتقر الى حقيقة الملك بل يثبت بتاويل الملك الا ترى ان العبد الماذون اذا ادعى النسب
من الجارية التي من تجارته جاز وكذلك الاب اذا ادعى ولدا من جارية ابنه ثبت النسب وتاويل المرتد
اكثر من تاويلهما فاذا ثبت النسب ثبت التفريع المذكور في ارثه وعدمه فان قلت
كيف جعلتم الصبي تبعا للمرتد فيما اذا كانت امه يهودية او نصرانية ولم تجعلوه مسلما تبعا لدار الاسلام
قلت تبعية الدار انما تكون اذا لم يكن معه احد ابويه فاذا كان
فلا يكون تبعا وقد مر ذلك في باب الجنائز فان قلت هذا ينتقض بما اذا
ارتد الابوان المسلمان ولهما ولد طفل ولد قبل ردتهما فانه يبقى مسلما تبعا للدار ولا يعتبر مرتدا
تبعا لهما قلت لا نسلم انه يبقى تبعا للدار بل هو كان مسلما تبعا
لابويه فيبقى على ما كان بعد ردتهما بخلاف ما نحن فيه فان الولد لم يثبت له حكم الاسلام اصلا فيجعل
تبعا لابيه المرتد لقربه من الاسلام قوله فلما قلنا اشار الى قوله قبل صحيحة لانه لا يفتقر
الى حقيقة الملك قوله واذا لحق المرتد بماله بدار الحرب ثم ظهر على ذلك المال فهو فيء فان لحق
ثم رجع واخذ مالا والحقه بدار الحرب فظهر على ذلك المال فوجدته الورثة قبل القسمة رد عليهم
وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة اعلم ان المرتد اذا لحق بدار الحرب بماله ثم ظهر المسلمون
على ذلك المال يكون فيئا لانه مال حربي فيكون حكمه حكم سائر اموال اهل الحرب ولا حق للورثة
فيه لتباين الدارين فان قلت المال تابع للنفس ونفس المرتد لا يكون
فيئا فينبغي ان يكون المال الذي في يده كذلك قلت لا يلزم من عدم
جريان الفيء على النفس عدم جريان الفيء على المال ولهذا لا يجري الفيء على مشركي العرب ويجري
الفيء على اموالهم ونسائهم واولادهم فكذلك المرتد اما اذا رجع بعد اللحاق بدار الحرب الى
دار الاسلام فاخذ طائفة من ماله فادخله دار الحرب ثم ظهر على ذلك المال فهو لورثته
اذا وجدوه قبل القسمة بغير شيء وان وجدوه بعد القسمة فهو لهم بالقيمة الا اذا كان مثليا
فانهم لا ياخذونه لانه لا فائدة في اخذه بالمثل كذا في شرح الطحاوي وهم في ذلك بمنزلة رجل
اجنبي ياخذ العدو ماله ثم يظهر المسلمون عليه كذا قال الكرخي في مختصره وقال فخر الاسلام

البزدوي

البزدوي في شرح الجامع الصغير هذا لا يشكل اذا رجع بعد قضاء القاضي اما قبل القضاء فجواب هذا الكتاب لا
يوجب الفصل يعني ان جواب كتاب الجامع الصغير لا يفصل بين الحالين في رد المال على الورثة لانه رتب
حكم الردة على مطلق اللحاق بدون قيد القضاء باللحاق ووجهه انه متى لحق فالظاهر انه لا يعود فكان
ميتا حكما ثم قال فخر الاسلام وفي بعض روايات السير الصغير قال لا حق للورثة فيه فيكون فيئا ووجه
ذلك ان الحق انما يثبت بالقضاء يعني ان الحق للورثة لا يثبت الا بقضاء القاضي وقال الفقيه ابو الليث في شرح
الجامع الصغير هذا اذا رجع بعد القضاء من القاضي وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير هذا
اذا رجع بعد القضاء من القاضي بلحوقه وجعل ماله لورثته لان القاضي اذا قضى بلحوقه فقد صار
ماله لورثته واما اذا لم يقض القاضي بلحوقه حتى رجع واخذ فالحكم فيه كالحكم في الذي ذهب به
اول مرة فاقول ينبغي ان يكون ما وقع في الجامع الصغير على مذهب محمد وما وقع في بعض روايات السير
على مذهب ابي يوسف وذلك لان محمدا جعل مجرد اللحاق كالموت حتى يعتبر كون الوارث عند اللحاق
ولا يجعل ابو يوسف ذلك بل يجعل القضاء باللحاق كالموت حتى يعتبر كون الوارث عند القضاء لا عند
اللحاق قوله واذا لحق المرتد بدار الحرب وله عبد فقضي به لابنه فكاتبه الابن ثم جاء المرتد مسلما
فالكتابة جائزة والمكاتبة والولاء للمرتد الذي اسلم وهذه من مسائل الجامع الصغير اعلم ان القاضي
اذا قضى بلحاقه وجعل عبده لابنه فكاتبه ثم رجع المرتد تائبا لا يفسخ الكتابة لان الابن فعل ذلك
عن ولاية شرعية حين جعل المرتد ميتا حكما وكان الابن كالوكيل عن ابيه المرتد في التصرف لان المرتد لما
لحق بدار الحرب صار كانه سلط ابنه على ماله وجعله خلفا عنه في التصرف فلما عاد ثبت له حكم الاحياء وبطل
حكم الموت فلما لم ينفسخ كانت المكاتبة اعني بدل الكتابة للمرتد الذي اسلم لان حقوق العقد في الكتابة ترجع
الى الموكل لا الى الوكيل وكذلك الولاء للمرتد الذي اسلم لان الولاء لمن اعتق والعتق وقع عنه بخلاف
ما اذا ادى بدل الكتابة للوارث فان الولاء حينئذ يكون للوارث لوقوع العتق عنه قوله بدليل
منعقد اراد به قضاء القاضي باللحاق قوله واذا قتل المرتد رجلا خطا ثم لحق بدار الحرب او قتل على ردته
فالدية في مال اكتسبه في حالة الاسلام خاصة عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا الدية في مال اكتسبه
في الاسلام والردة وهذه من مسائل الجامع الصغير قال الفقيه ابو الليث وروي عن ابي حنيفة رواية
اخرى انه قال تجب في المال الذي اكتسبه بعد الردة اعلم اولا ان العاقلة لا تعقل عن المرتد لان العقل
لمعنى النصرة والمسلم لا يلزمه نصرة المرتد فاذا لم يعقل العاقلة عنه وجب الدية في ماله
وماله هو الذي اكتسبه في الاسلام عند ابي حنيفة فان لم يف ذلك فذلك عليه فيما اكتسبه في ردته
وكذلك حكم ما اغتصبه من مال او افسد قال الكرخي هذا عندي موافق لرواية الحسن عن ابي حنيفة
واما على اصل ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لما كان الكسبان جميعا ملكه لم يكن ايجاب الدية في احد
المالين اولى من ايجابه في الاخر فكان فيهما جميعا وجه الرواية الاخرى عن ابي حنيفة ان كسب الاسلام
للورثة فيه حق فكان الايجاب فيه كالايجاب في مال الورثة بخلاف كسب الردة فانه لا حق لهم
فيه فكان الايجاب فيه اولى قوله وعنده ماله المكتسب في الاسلام اي عند ابي حنيفة مال المرتد
هو المكتسب في حالة الاسلام والمكتسب خبر لقوله ماله وليس بصفة له وكان حق التركيب ان يكون
بضمير الفصل كما ذكرنا حتى لا يتوهم الصفة كقوله تعالى والكافرون هم الظالمون قوله
ولهذا كان الاول مبتدا ثانيا ايضاح لقوله ماله المكتسب في الاسلام قوله واذا قطعت يد المسلم
عمدا فارتد والعياذ بالله ثم مات على ردته من ذلك او لحق ثم جاء مسلما فمات من ذلك فعلى القاطع
نصف الدية في ماله لورثته وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة وصورتها فيه محمد عن

يعقوب عن ابي حنيفة في المسلم تقطع يده عمدا ثم يرتد فيموت من ذلك وهو مرتد قال على القاطع
نصف الدية في ماله لورثة المقطوع يده وان اسلم ثم مات منها فعلى القاطع الدية في ماله
لورثة المقطوع يده وان لحق بدار الحرب ثم جاء مسلما ثم مات منها فعلى القاطع نصف الدية في
ماله لورثة المقطوع يده وقال محمد في ذلك كله نصف الدية على القاطع في ماله وان اسلم قبل
لحاقه بدار الحرب او بعد لحاقه قال فخر الاسلام وهو قول زفر اما اذا مات على ردته فانما
وجب على القاطع نصف الدية في ماله ولم يجب دية النفس ولا القصاص في قطع اليد لان السراية
حلت محلا غير معصوم فهدر اعتبارها فلم يجب دية النفس لان موتها حصل في حال لا قيمة لها
ولم يجب القصاص في اليد لان اعتراض الردة صار شبهة وهذا لان الردة لو كانت موجودة
عند القطع كانت حقيقة الاباحة قائمة في قطع اليد لوجود المبيح وهو الردة فاذا كانت قائمة
ثم اعترضت كانت شبهة فاذا لم يجب القطع وجب دية اليد وهي نصف دية النفس لان قطع اليد
حصل في حال عصمة اليد وهي حالة الاسلام وانما كان دية اليد في ماله لكون القطع عمدا اما اذا
كان خطأ فقال الحاكم في الكافي يجب على عاقلته وهذا بخلاف ما اذا قطعت يد المرتد ثم اسلم ثم مات
من ذلك فحينئذ لا يجب الضمان اصلا لان قطع اليد حصل في زمان لا قيمة لها لعدم العصمة
والمهدر لا يلحقه الاعتبار اصلا فلهذا لم يعتبر زمان السراية بخلاف المعتبر فانه يجوز ان
يلحقه الاهدار بالابراء فكذا جاز ان يلحق بالردة كما في الصورة الاولى حيث لم يجب دية النفس
ولا القطع والتحقيق هنا ان نقول ان فوت العصمة يوجب الهدر لا محالة وقيام العصمة لا
يوجب الضمان لا محالة كما اذا قطع بامره فلم يكن اعتراض العصمة دفعا لصفة الهدر في الصورة
الثانية وكان اعتراض سقوط العصمة قاطعا للضمان في الصورة الاولى واما اذا اسلم بعد
الارتداد ثم هلك من القطع وجب ارش اليد ولم يجب ضمان النفس عند محمد وزفر قياسا وعند
ابي حنيفة وابي يوسف يجب ضمان النفس استحسانا ذكر القياس والاستحسان فخر الاسلام في
شرح الجامع الصغير لكن ان كان عمدا يجب في ماله وان كان خطأ فعلى عاقلته كذا ذكره الولوالجي
في فتاواه وجه قول محمد ان اعتراض الردة اهدر اعتبار السراية لانه بعد الارتداد صار
بحال لو قتله قاتل لا يجب عليه شيء فصارت الردة مهدرة لما تولد من القطع فاذا اسلم بعد ذلك
لم ينقلب الى الضمان لان المهدر لا يلحقه الاعتبار كما لو جرح حربيا او مرتدا ثم اسلم فمات من ذلك
لا يجب على الجارح شيء فكذا هنا ووجه قولهما ان الجناية وقعت في محل العصمة وتمت في محل العصمة
لانه كان في الحالين مسلما فيجب ضمان الدية ولا معتبر بتخلل الردة لان الردة انما تقطع السراية
بفوات العصمة وقيام العصمة ليس بشرط في حال بقاء الجناية لان حالة البقاء ليست بحال انعقاد
السبب ولا بحال وجوب الضمان لان زمان انعقاد السبب زمان الجناية وزمان وجوب الضمان
يوم الموت فلما كان كذلك لم يلتفت الى الردة المتخللة فجعل كأنه لم يزل مسلما لارتفاع عارض الردة
كمن قطع يد رجل فاضناه ذلك حتى اشرف على الموت ثم جز آخر رقبته فعلى الاول ضمان اليد ولا يضمن
للمباشر وهذا كالنصاب يعتبر كماله في طرفي الحول ولا يضر نقصانه فيما بين ذلك وقد مر ذلك في كتاب
الزكاة وكالملك في اليمين يعتبر زمان انعقاد اليمين وزمان وجوب الحنث ولا يضر فواته فيما بين ذلك
حتى اذا قال لعبده اذا دخلت الدار فانت حر ثم خرج عن ملكه بسبب من الاسباب ثم عاد الى ملكه فدخلها
عتق ولا يلزم عبد قطعت يده ثم باعه المولى لانه ان عاد الى قديم ملكه فهو على هذا الاختلاف كذا قال
فخر الاسلام اعني اذا رد عليه بعيب او خيار شرط لا يجب على الجاني ضمان النفس للبايع عند ابي حنيفة وابي

يوسف

يوسف ولا يكون البيع مبطلا للسراية وان عاد الى ملك جديد فهو بمنزلة عبد آخر بلا اختلاف
الملك واما اذا لحق بدار الحرب وقضى به القاضي ثم عاد مسلما ومات من ذلك القطع فعلى القاطع
نصف الدية ولا يرد هذا عليهما لانه صار ميتا حكما بقضاء القاضي باللحاق والموت يقطع السراية
ثم اسلامه بعد ذلك كان حياة حادثة تقديرا كانها نفس اخرى فلم يبق حكم الحياة الاولى
واورد الولوالجي في فتاواه في هذا الفصل عن ابي يوسف روايتين في رواية يضمن دية
النفس وفي رواية لا يضمن اما اذا عاد مسلما بعد اللحاق قبل قضاء القاضي ثم مات من ذلك له
فقال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير لا نص فيه ثم قال وهو على الاختلاف
يعني عند محمد يجب نصف الدية وعند صاحبيه يجب دية النفس كاملة فهذا هو مراد صاحب
الهداية بقوله فهو على الخلاف الذي بيناه هذا اذا ارتد المقطوع يده اما اذا ارتد القاطع
فقتل او مات المقطوع يده منه مسلما فقال في الشامل في قسم المبسوط ان كان عمدا فلا شيء عليه
لان القاتل مات وان كان خطأ فعلى عاقلته دية النفس لان الجناية انعقدت موجبة للعقل
لان الجاني كان مسلما يوم الجناية لا جرم لو كانت الجناية في حال ردته كانت في ماله قوله
يد المسلم اي احدى يدي المسلم قوله اما الاول اي الوجه الاول وهو ما اذا مات على ردته قوله
فلان السراية اي سراية القطع قوله حلت محلا غير معصوم وذلك لان نفس المرتد ليست معصومة
لبطلان العصمة بالردة قوله فاهدرت اي اهدرت السراية حيث لم يجب ضمان النفس
قوله بخلاف ما اذا قطع يد المرتد ثم اسلم فمات من ذلك اي مات من القطع يعني من سرايته
حيث لا يجب على القاطع ضمان اصلا اعتبارا لزمان القطع لان الشيء اذا وقع مهدرا من الاصل
لا يلحقه الاعتبار فلا يكون غير الموجب موجبا قوله واما الثاني اي الوجه الثاني
قوله كما اذا قطع يد مرتد فاسلم سواء مات من القطع او لم يمت حيث لا يجب الضمان اصلا
لا ضمان النفس في الاول ولا ضمان اليد في الثاني قوله وتمت فيه اي تمت الجناية في محل
معصوم قوله قيامها اي قيام العصمة قوله وحالة البقاء بمعزل من ذلك كله اي
من حال انعقاد السبب ومن حال ثبوت الحكم قال ابن دريد انا عن هذا الامر بمعزل اي بتنح
قوله كقيام الملك في حال بقاء اليمين اندرج بيانه فيما بينا انفا قوله واذا ارتد المكاتب
ولحق بدار الحرب واكتسب مالا فاخذ بماله وابى ان يسلم فقتل فانه يوفي مولاه مكاتبته وما
بقي لورثته وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة قال الحاكم الشهيد في الكافي واذا ارتد
المكاتب بعد الكتابة ثم لحق بدار الحرب واكتسب مالا فاخذ اسيرا فابى ان يسلم فانه يقتل
ويستوفي مولاه مكاتبته من ماله والباقي ميراث لورثته استحسانا وكان القياس ان يكون كله للمولى
ان كان عبدا وان كان حرا فهو فيء الى هنا لفظ الكافي وهذا لا يشكل على مذهبهما لان كسب المرتد
الحر عندهما ميراث فكذا كسب المكاتب ويشكل على مذهب ابي حنيفة لان كسب المرتد الحر فيء
عنده فكيف كان كسب المرتد المكاتب ميراثا على وجه الاستحسان وحله ان كسب المرتد الحر لما
كان موقوفا الى ان يتبين حاله لم يملك اكساب الردة فكانت فيئا بخلاف المكاتب فان تصرفاته
نافذة وليست بموقوفة لان الكتابة لا ينافيها الموت الحقيقي فكذا لا ينافيها الموت الحكمي وهو الردة
واللحاق فصحت اكسابه فكانت اكساب الردة كاكساب الاسلام فصارت ميراثا لورثته لموته
حرا لانه مات عن وفاء وقيد الحاكم بقوله ان كان حرا وان كان عبدا بناء على ان المكاتب اذا مات
عن وفاء فيه اختلاف الصحابة فعند علي وابن مسعود يموت حرا وهو مذهبنا وعند زيد بن ثابت

يموت عبدا وهو مذهب الشافعي يعني ان كان عبدا كما هو مذهبه فالباقي بعد المكاتبة
لمولاه وان كان حرا كما هو مذهبنا فالباقي في قياس ابي حنيفة على المرتد الحر لكنه استحسن
وجعل الباقي ميراثا لان الموت لاينافي الكتابة ولهذا يودي كتابته بعد موته من اكسابه
فانه حي وحكم بعتقه فكذلك اذا لحق بدار الحرب لايحكم بموته فثبت من هذا ان كونه في دار
الحرب ككونه في دار الاسلام وكسبه في الردة ككسبه في الاسلام **قوله** يوفي مولاه مكاتبته
اي بدل كتابته ويوفي بالتشديد بدعلى صيغة المبني للمفعول من قولهم وفاه حقه اذا اعطاه
وافيا **قوله** فكذا بالاولى اي لايتوقف تصرف المكاتب بالردة كما لايتوقف بالاقوى
وهو الرق بل يكون نافذا في الحالين وانما جعل الرق اقوى والردة ادنى لان المرتد يصح
استيلاوه بالاتفاق بخلاف الرقيق فانه لايصح منه وعندهما يصح عقود جميع المرتد نحو البيع
والشرا والاعتاق والهبة بخلاف الرقيق فانه لايصح ذلك منه بالاتفاق فعلم ان الارتداد
في كونه مانعا للتصرف ادنى من الرق لايمنع تصرف المكاتب مع انه اقوى فلان لايمنعه
الارتداد وهو ادنى بالطريق الاولى فان قلت
سلمنا ان كل واحد من الرق والردة بانفراده ليس بمانع لتصرف المكاتب ولم لايجوز ان يثبت
لهما منع عند الاجتماع لان هيئة الاجتماع لها خاصية ورا خاصية الافراد فالمنفرد لايجوز
شهادته فاذا اجتمع مع الاخر جازت قلت الاصل عدم المنع
ولايلزم من الجواز الوقوع فمن ادعى المنع فعليه ابراز الدليل ونحن نتكلم **قوله** واذا
ارتد الرجل وامراته والعياذ بالله تعالى والحقا بدار الحرب فحبلت المراة في دار الحرب
وولدت ولدا وولد لولدهما ولد فظهر عليهم جميعا فالولدان في وهذه من مسايل الجامع
الصغير المحادة قال في الجامع الصغير يجبر الولد الاول على الاسلام ولا يجبر ولد
الولد وقيد الحبل بدار الحرب وقع اتفاقا وان حبلت في دارنا فكذلك الجواب كذا ذكره
الصدر الشهيد وغيره يدل عليه اطلاق الحاكم الشهيد في مختصر الكافي بقوله واذا ولد
للمرتدين في دار الحرب ولد ثم ولد لولدهما ولد ثم ظهر عليهم اجبر ولدهما على الاسلام ولم
يجبر ولد ولدهما اما كون الولد وولد الولد فيا فلما ان المرتدة تسبى وتسترق والولد يتبع
الام في الرق والحرية فيكون فيا واما الجبر على الاسلام فالولد يجبر عليه ولا يجبر ولد
الولد وذلك لان الصغير يتبع ابويه او احدهما في الدين لقوله عليه السلام كل مولود
يولد على الفطرة فابواه ينصرانه ويهودانه ويمجسانه ولهذا يكون مسلما باسلامهما فكذا
يكون مرتدا بارتدادهما فلو كان مرتدا تبعا لهما اجبر على الاسلام قال الامام المولوالجي في
فتاواه يجبر على الاسلام ولا يقتل كولد المسلم اذا بلغ ولم يصف الاسلام يجبر على الاسلام ولا
يقتل كذا هنا وانما لم يجبر ولد الولد على الاسلام لان الولد لا يتبع الجد في الاسلام فكذلك
لا يتبعه في الارتداد فلو كان تابعا للجد يلزم ان يتبع الى ما لا يتناهى فيلزم حينئذ ان لا يحكم
بالكفر اصلا في الصغير لان الناس كلهم اولاد ادم وحوا صلوات الله عليهما والمعقول ان
يقال ان الحكم اذا اقتصر عن كل الجنس لم يكن بعض المتقادير احق من بعض فلزم القصر
على الادنى لتيقنه وهو الاب تابعا فاذا لم يكن تابعا للجد كان حكمه سابيا اهل الحرب اذا اسروا
فيسترق او يوضع عليه الجزية قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير ولم يذكر
ههنا حكم الزوجين ثم قال وذكر بعد هذا ان الزوجية تسترق والزوج يقتل او يسلم هذا

اذا ولد لهما ولد بعد اللحاق فهما اما اذا ارتد الزوجان وذهبا الى دار الحرب يولد لهما صغير
ثم ظهر عليهم فالولد في لان الولد الصغير صار مرتدا تبعا للابوين وولد المرتد يصير فيا بالسبي
وان كان الاب ذهب به وحده والام مسلمة في دار الاسلام لم يكن الولد فيا لان الولد بقي مسلما
فلا يصير فيا فيدفع الى الام وكذا اذا كانت الام قد ماتت مسلمة لان اسلام الام لا يرتفع بالموت
بل يتقرر وكذا اذا كانت الام نصرانية ذمية لان اعتبار جانب الام يوجب ان يكون الولد من اهل
دار الاسلام فيرجح هذا الجانب فيبقى من اهل دارنا فصار كانه في دارنا فلا يسبى كذا ذكره الولوالجي
في فتاواه ثم في هذا الفصل يجبر اولاد الاولاد على الاسلام عند ابي حنيفة رضي الله عنه ونقل
الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره عن ابي يوسف انه قال في الاولاد يجبرون ولا يقتلون وفي
اولاد الاولاد لا يجبرون وجه قول ابي يوسف انهم لو اجبروا لثبت الحكم بتبعية الجد
وذلك لا يجوز لما مر في الفصل الاول ولابي حنيفة ان ولد الولد في هذه الصورة ولد من
حكم باسلامه اما تبعا لاحد ابويه او تبعا للدار والاصح عندي قول ابي يوسف لان تبعية الدار
انما تعتبر اذا لم يكن احد الابوين موجودا مع الصغير وهنا موجود فكيف يحكم باسلامه ايضا
تبعا لاحد ابويه والكلام فيما اذا ارتد الابوان جميعا وولد المرتد مرتد ولهذا كان فيا **قوله**
وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يجبر تبعا للجد واصله التبعية في الاسلام ان يجبر ولد الولد على
الاسلام تبعا لاسلام الجد المرتد واصل الجبر على الاسلام هو التبعية في الاسلام يعني هل يجعل
ولد الولد مسلما باسلام الجد ام لا فعلى ظاهر الرواية لا يجعل خلافا لما روي عن الحسن عن ابي
حنيفة وجه ما روى الحسن ان الجد له حكم الاب في انكاح الصغير والصغيرة ولهذا لا يكون
لهما الخيار بعد البلوغ وكذلك في بيع مال الصغير فكذا في تبعية الاسلام وهذا لان الولد
انما تبع الاب لانه تفرع منه فيتبع الجد ايضا لانه تفرع منه وجه الظاهر ما ذكره **قوله**
وهي رابعة اربع مسايل اي التبعية في الاسلام احدى اربع مسايل كلها على الروايتين فالجد فيها
على رواية الحسن كالاب وفي ظاهر الرواية لا والثانية صدقة الفطر ففي ظاهر الرواية
لا يودي الجد الفطرة عن ابن ابنه وفي رواية الحسن يوديها اذا لم يكن لابن الابن مال كالاب
لكن اذا كان الاب فقيرا والثالثة جر الولاء قال الحاكم الشهيد في الكافي قال ابو حنيفة وابو
يوسف ومحمد لا يجر الجد الولاء يعني اذا اعتق الجد والحال ان المعتق والاب رقيق لا يجر الولاء
الى مواليه وعلى رواية الحسن يجر الجد الولاء كالاب اذا اعتق ونقل الحاكم في الكافي عن الشعبي
انه قال اذا اعتق الجد جر الولاء والرابعة الوصية للقرابة فاذا اوصى لذي قرابته او لاقربايه
لا يدخل في الوصية الوالد لان الله جعله اقرب من القرابة قال تعالى الوصية للوالدين
والاقربين ثم الجد لا يدخل على رواية الحسن لانه كالاب وعلى ظاهر الرواية يدخل لانه
ليس كالاب وعلى ظاهر الرواية يدخل لانه ليس كالاب اعلم ان معنى قولهم رابع ثلاثة
مصيرهم اربعة ومعنى قولهم رابع اربعة احدها لان تحصيل الحاصل محال فلا يتحقق
معنى التصيير وقد عرف موضعه **قوله** ارتداد الصبي الذي لا يعقل ارتداد عند
ابي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما ويجبر على الاسلام ولا يقتل واسلامه اسلام لا يرث ابويه
ان كانا كافرين وقال ابو يوسف ارتداده ليس بارتداد واسلامه اسلام وقال زفر والشافعي
اسلامه ليس باسلام وارتداده ليس بارتداد وهذه من مسايل الجامع الصغير المحادة
وقول زفر والشافعي ليس بمذكور فيه وقد ذكروه في شروحه قال الحاكم الشهيد في الكافي

وإذا ارتد الغلام المراهق عن الإسلام لم يقتل فإن أدرك كافرا حبسته ولم أقتله وكان القياس أن لا يكون ردته قبل البلوغ شيئا وإن أسلم غلام مجوسي قد كبر وعقل إلا أنه لا يحتلم كان مسلما وهو قولهم جميعا ثم رجع أبو يوسف بعد ذلك وقال إسلامه إسلام وكفره ليس بكفر إلى هنا لفظ الحاكم اعلم أن الصبي العاقل إذا أسلم يصح إسلامه استحسانا خلافا لزفر والشافعي ذكر الاستحسان فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير والمراد بالصحة ترتب أحكام الإسلام عليه نحو الإرث من أقاربه المسلمين والحرمان من أقاربه المشركين وحرمة نكاح المشركة في حقه وحل نكاح المؤمنة وبطلان مالية الخمر والخنزير في حقه وعصمة دمه وماله وغير ذلك لهما أنه مولى عليه في الإسلام فلا يكون أهلا له بنفسه فلو كان أهلا بنفسه لم يكن مولى عليه ولأنه يلزم أحكام يشوبها مضرة كحرمان الميراث ونحوه والصبي أهل المرحمة لا المضرة فلا يعتبر إسلامه للزوم المضرة ولأن عقله ناقص فلا يكتفى به للإسلام الذي هو أدق الأشياء معرفة ولأن قول الصبي غير ملزم ألا ترى أنه لو طلق أو أعتق أو باع أو اشترى لا يجوز فكذا إذا أسلم أو ارتد ولنا أن ركني الإيمان قد وجد من أهله فوجب القول بصحته أما الأهلية فهي بالعقل والتمييز وذلك حاصل لأن كلامنا فيما إذا كان صبيا مميزا وأما الركن فهو الإقرار باللسان والتصديق بالقلب وقد حصل ذلك والحجر عن الإيمان كفر فوجب القول بصحته ثم لما جعل مسلما بإسلام أبويه حكما تبعا لهما فلأن يجعل مسلما بإسلام نفسه حقيقة أولى وأحرى والأحكام لم تثبت مقصودة لذاتها بالإسلام لأن المقصود به فوز السعادة الأبدية ثم إذا ترتبت الأحكام عليها لا يبالي بها لأنها حصلت ضمنا وضمنيات الشيء لا تعلل وقد صح عن علي رضي الله عنه أنه أسلم في صباه لا خلاف في ذلك لأحد من الأمة حتى إنه كان يفتخر به ويقول سبقتكم إلى الإسلام طرا غلاما ما بلغت أوان حلمي يؤيده قوله تعالى يا يحيى خذ الكتاب بقوة وآتيناه الحكم صبيا وقيل في التفسير المراد من الحكم النبوة فلما كان الصبي أهلا للنبوة كان أهلا للإيمان لا محالة لأن النبي مؤمن لا محالة ومن أقبح القبائح أن يسمى كافرا ولا يعتبر إسلامه مع وجوده حقيقة ومع اشتغاله بتعلم القرآن وتعليمه والعجب من الشافعي أنه يصح معرفته بأبويه ويقول يختار الصبي أيهما شاء إذا وقعت الفرقة بينهما مع أن الصبي لا يختار من أبويه إلا من يطلق عنانه ويتركه على هواه وفيه فساد الصبي ولا يصح معرفته تعالى خالق العالمين ويتهاون بتصديقه بقوله السموات والأرضون والعرش والكرسي والإنس والجن والملك والطيور والوحوش وغير ذلك وفيه نفع للصبي أي نفع وفي كل شيء له آية تدل على أنه واحد وجه قول أبي يوسف في الردة أن إسلامه إنما صح استحسانا لكونه منفعة محضة ولا يصح ردته لأنها مضرة محضة ألا ترى أن قبول الهبة منه يصح وردها لا يصح وهذا لأن الردة سبب زوال العصمة عن النفس والمال فكانت مضرة فلم تصح كالطلاق ومذهب أبي يوسف هو القياس في الردة وقد ذكرنا الرواية عن الكافي آنفا ووجه قول أبي حنيفة ومحمد أن إسلامه إنما صح لأن ركنه حصل عن أهل فكذلك يصح ردته أيضا لأنه أهل لكونه عاقلا مميزا وركنها موجود وهو الكفر عن طوع إلا أنه لا يقتل لتمكن الشبهة في ردته إذ الحدود تسقط بالشبهة ويجبر على الإسلام لأن فيه نفعا للصبي ثم لما صح ارتداد الصبي عند أبي حنيفة ومحمد لم يرث أبويه المسلمين لأنه مرتد والمرتد لا يرث أحدا **قوله** لهما أي لزفر والشافعي فيه أي في الإسلام **قوله** تشوبها يقال شاب الماء اللبن والشوب الخلط **قوله** فلا يؤهل له أي لا يجعل الصبي أهلا للإسلام **قوله** والختان بذلك مشهود

أي الختان دليل على الإسلام مشهود وقد دل عليه البيت الذي أنشدناه آنفا قال أبو منصور الثعالبي رحمه الله في بعض مصنفاته أول من آمن برسول الله عليه السلام من الكهول أبو بكر رضي الله عنه ومن الشبان زيد بن حارثة ومن الصبيان علي بن أبي طالب رضي الله عنه وهو ابن سبع سنين ومن النساء خديجة بنت خويلد رضي الله عنها قال لا خلاف في هذه الأربعة بوجه من الوجوه واختلفت الروايات في سن علي رضي الله عنه فعن سفيان عن جعفر بن محمد عن أبيه قال قتل علي وهو ابن ثمان وخمسين سنة وعن أحمد بن حنبل عن أبيه عن عبد الرزاق عن ابن جريج عن محمد بن عمر عن علي أن عليا رضي الله عنه مات لثلاث أو أربع وستين أو نحو ذلك وعن جعفر بن محمد عن أبيه قال أسلم علي وهو ابن سبع سنين ومات وهو ابن سبع وخمسين سنة وروي عن الشعبي أنه قال أقام علي رضي الله عنه بعد إسلامه مع النبي عليه السلام عشرين سنة ومع أبي بكر وعمر ثلاث عشرة سنة ومع عثمان اثنتي عشرة سنة وولي خمس سنين وقال القتبي قال ابن إسحاق قتل علي رضي الله عنه وهو ابن ثلاث وستين سنة وذكر الثعالبي في اتفاق الأعمار وقال عاش رسول الله عليه السلام ثلاثا وستين سنة وأبو بكر مثلها وعمر مثلها وعلي مثلها **قوله** وكذا المجنون والسكران الذي لا يعقل أي لا يصح ارتدادهما كما لا يصح ارتداد الصبي الذي لا يعقل قال في شرح الطحاوي ارتداد السكران لا يكون ارتدادا ولا تبين منه امرأته وروي عن أبي يوسف أنه قال تبين منه امرأته وعقوده نافذة وطلاقه واقع إلا أن على قول عثمان رضي الله عنه لا يقع طلاقه إلى هنا لفظه اعلم أن ردة السكران لا تعتبر ردة لما روي أن بعض أصحاب رسول الله عليه السلام قرأ قل يا أيها الكافرون لا أعبد بحذف لا فنزل قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون وجه الاستدلال أنه تعالى أطلق عليهم اسم الإيمان مع أنه مثل هذا لو صدر عن الصاحي كان ردة فعلم أن ردة السكران ليست بردة استحسانا ذكر الاستحسان الحاكم الشهيد في الكافي والفرق بين ارتداد السكران ليست بردة استحسانا ذكر الاستحسان الحاكم الشهيد في الكافي والفرق بين ارتداد السكران حيث لا يصح عند أبي حنيفة ومحمد ويصح طلاقه باتفاق أصحابنا أن الطلاق لا يتعلق بالقصد الصحيح ولهذا إذا طلق ناسيا يقع والكفر يتعلق بالقصد ولهذا إذا سبق لسانه بالكفر لا يكفر والسكران الذي لا يعقل ليس له قصد صحيح فلم يكفر لهذا ثم اعلم أن الرجل إذا ارتد حبط حجه وثواب عمله وصلواته التي صلاها فإن أسلم لزمه حجة الإسلام ثانيا وكذلك لو صلى صلاة ثم ارتد ثم أسلم في وقت تلك الصلاة يلزمه إعادتها وكل من سب رسول الله عليه السلام أو أبغضه كان مرتدا وأما ذوو العهود من الكفار إذا فعلوا ذلك لم يخرجوا بذلك عن عهودهم وأمروا أن لا يعودوا فإن عادوا عزروا ولم يقتلوا كذا في شرح الطحاوي والألفاظ التي إذا تكلم بها المسلم يكون مرتدا تعرف في ألفاظ الكفر في نسخ الفتاوى وقال في شرح الطحاوي وإذا تهود النصراني أو تمجس أو تنصر المجوسي فإنه لا يؤمر بالرجوع إلى حالته الأولى لأنه لا يؤمر بالتحويل من كفر إلى كفر وذكرنا هذه المسائل تكثيرا للفوائد لمن يرغب في المزيد والله أعلم

باب البغاة

وتأخير هذا الباب لقلة وجوده والمراد من البغاة الخوارج ولهذا ذكر هذا الباب في المبسوط بباب الخوارج وهي جمع الباغي كالقضاة في جمع القاضي والبغي الظلم وهذا الجمع في اسم الفاعل من المعتل اللام قياس مطرد كالغزاة في جمع الغازي وغير ذلك قال في فصول الأسروشني لا بد من

معرفة اهل البغي فاهل البغي هم الخارجون على امام الحق بغير حق بيانه ان المسلمين اذا
اجتمعوا على امام وصاروا آمنين به فخرج عليه طائفة من المؤمنين فان فعلوا ذلك لظلم
ظلمهم فهم ليسوا من اهل البغي وعليه ان يترك الظلم وينصفهم ولا ينبغي للناس
ان يعينوا الامام عليهم لان فيه اعانة على الظلم ولا ان يعينوا تلك الطائفة على الامام
ايضا لان فيه اعانة لهم على خروجهم على الامام وان لم يكن ذلك لظلم ظلمهم ولكن ادعوا
الحق والولاية فقالوا الحق معنا فهم اهل البغي فعلى كل من يقوى على الامام ان ينصر امام
المسلمين على هؤلاء الخارجين لانهم ملعونون على لسان صاحب الشرع فانه قال عليه السلام
الفتنة نائمة لعن الله من ايقظها فان كانوا تكلموا بالخروج لكن لم يعزموا على الخروج بعد فليس
للامام ان يتعرض لهم لان العزم على الجناية لم يوجد بعد كذا ذكر في واقعات الامام اللامشي
وذكر القلانسي في تهذيبه قال بعض المشايخ لولا علي رضي الله عنه ما دريا القتال مع اهل
القبلة وكان علي ومن تبعه من اهل العدل وخصمه ومن تبعه من اهل البغي وفي زماننا
الحكم للغلبة ولا ندري الباغية والعادلة كلهم يطلبون الدنيا الى هنا لفظ كتاب الفصول

قوله واذا تغلب قوم من المسلمين على بلد وخرجوا من طاعة الامام دعاهم الى العود
الى الجماعة وكشف عن شبهتهم وهذا لفظ القدوري في مختصره وعلل صاحب الهداية بقوله
لان عليا رضي الله عنه فعل كذلك باهل حروراء قبل قتالهم يعني ان عليا دعا الخوارج حين
بعث ابن عباس اليهم فناظرهم في ذلك فيدعون قبل القتال رجاء العود فان اهون الشر
الشريع وقال ابو جعفر الطحاوي في مختصره واذا ظهرت جماعة من اهل القبلة رايا قاتلت
عليه وصار لها منعة سئلت عما دعاها الى الخروج فان ذكرت ظلما انصفت من ظالمها والا دعيت
الى الرجوع الى الجماعة قال ابو بكر الرازي في شرحه وانما سئلت عن ذلك لجواز ان يكون خروجها
للامتناع من ظلم جرى عليها او على غيرها فان كانوا ممتنعين من الظلم فهم محقون لا يجب قتالهم
بل تجب معاونتهم لانهم حينئذ خرجوا للامر بالمعروف والنهي عن المنكر فاذا علم ان خروجهم
لم يكن لظلم لحقهم او لحق غيرهم دعوا الى الجماعة والدخول في طاعة الامام والاصل فيه قوله
تعالى وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فاصلحوا بينهما فان بغت احداهما على الاخرى الآية
فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء الى امر الله فاستفدنا من هذه الآية حكمين احدهما انه ما كان لنا طمع
في استصلاحهم ورجوعهم فعلينا ان ندعوهم ونستصلحهم لقوله تعالى فاصلحوا بينهما والثاني
انهم اذا لم يجيبوا الى الصلح والرجوع واظهروا البغي وجب علينا قتالهم ثم ينبغي لك ان
تعرف شيئا من بيعة علي وقتاله مع معاوية قال ابو عبد الله محمد بن سعد مصنف كتاب الطبقات
الكبير قالوا لما قتل عثمان رضي الله عنه يوم الجمعة لثمان عشرة ليلة مضت من ذي الحجة سنة
خمس وثلاثين وبويع لعلي بن ابي طالب بالمدينة الغد من يوم قتل عثمان بالخلافة بايعه
طلحة والزبير وسعد بن ابي وقاص وسعيد بن زيد بن عمرو بن نفيل وعمار بن ياسر واسامة
بن زيد وسهل بن حنيف وابو ايوب الانصاري ومحمد بن مسلمة وزيد بن ثابت وخزيمة بن
ثابت وجميع من كان بالمدينة من اصحاب رسول الله وغيرهم ثم ذكر طلحة والزبير انهما
بايعاه كارهين غير طائعين وخرجا الى مكة وبها عائشة ثم خرجا من مكة ومعهما عائشة
الى البصرة يطلبون بدم عثمان وبلغ عليا ذلك فخرج من المدينة الى العراق وخلف على
المدينة سهل بن حنيف ثم كتب اليه ان يقدم عليه وولى المدينة ابا حسن المازني فنزل ذا

قار

قار وبعث عمار بن ياسر والحسن بن علي الى اهل الكوفة يستنفرهم للمسير معه فقدموا عليه فسار بهم
الى البصرة فلقي طلحة والزبير وعائشة ومن كان معهم من اهل البصرة وغيرهم يوم الجمل في جمادى
الآخرة سنة ست وثلاثين فظفر بهم وقتل يومئذ طلحة والزبير وغيرهما وبلغت القتلى ثلاثة
عشر الف قتيل واقام علي بالبصرة خمس عشرة ليلة ثم انصرف الى الكوفة ثم خرج يريد معاوية بن
ابي سفيان ومن معه بالشام فبلغ ذلك معاوية فخرج اليه فيمن معه من اهل الشام فالتقوا بصفين
في صفر سنة سبع وثلاثين فلم يزالوا يقتتلون بها اياما وقتل بصفين عمار بن ياسر وخزيمة بن ثابت
وابو عمرة المازني وكانوا مع علي رضي الله عنه ورفع اهل الشام المصاحف يدعون الى ما فيها
وكانت مكيدة من عمرو بن العاص اشار بذلك على معاوية وهو معه فكره الناس الحرب وتداعوا الى
الصلح وحكموا الحكمين فحكم علي ابا موسى الاشعري وحكم معاوية عمرو بن العاص وكتبوا بينهم كتابا
الى ان يوافوا راس الحول باذرح فينظروا في امر هذه الامة فافترقوا فرجع معاوية بالالفة
من اهل الشام وانصرف علي الى الكوفة بالاختلاف والدغل وخرجت عليه الخوارج من اصحابه
ومن كان معه وقالوا لا حكم الا لله وعسكروا بحروراء فبذلك سموا الحرورية فبعث اليهم علي عبد الله
بن عباس وغيره فخاصمهم وحاجهم فرجع منهم قوم كثير وثبت قوم على رايهم وساروا الى النهروان
فعرضوا للسبيل وقتلوا عبد الله بن خباب بن الارت فسار اليهم علي فقتلهم بالنهروان وقتل منهم
ذا الثدية وذلك سنة ثمان وثلاثين ثم انصرف علي الى الكوفة فلم يزل بها ولم يزل الناس
يخافون عليه من الخوارج من يومئذ الى ان قتل واجتمع الناس باذرح في شعبان سنة ثمان وثلاثين
وحضرها سعد بن ابي وقاص وابن عمر وغيرهما من اصحاب رسول الله عليه السلام فقدم عمرو
ابا موسى فتكلم فخلع عليا وتكلم عمرو فاقر معاوية وبايع له فتفرق الناس على هذا الى هنا لفظ
كتاب الطبقات من غير تغيير وحروراء قرية بالكوفة قال الجوهري حروراء اسم قرية يمد ويقصر
نسب اليها الحرورية من الخوارج كان اول مجتمعهم بها وتحكيمهم منها يقال حروري بين الحرورية

قوله ولا يبدا بقتال حتى يبدءوه فان بدءوه قاتلهم حتى يفرق جمعهم هذا لفظ القدوري
في مختصره اي لا يبدا الامام بقتال البغاة حتى يبدءوا القتال قال الشيخ ابو الحسن الكرخي
في مختصره قال الحسن بن زياد قال ابو حنيفة اذا وقعت الفتنة بين المسلمين فينبغي للرجل
ان يعتزل الفتنة ويلزم بيته ولا يخرج في الفتنة قالوا انما اراد ابو حنيفة بذلك اذا لم يكن
هناك امام يدعوا الى القتال وان كان امام يلزمهم اعانته والدليل على هذا ما قال الكرخي
ايضا في مختصره بقوله وقال ابو حنيفة اذا كان الناس مجتمعين على امام من المسلمين والناس آمنون
والسبيل آمنة فخرج ناس ممن ينتحل الاسلام على امام اهل الجماعة فينبغي للمسلمين ان يعينوا امام
الجماعة وان لم يقدروا على ذلك لزموا بيوتهم ولم يخرجوا مع الذين خرجوا على امام اهل الجماعة
ولم يعينوهم ثم قال وهذا قول زفر وابي يوسف ثم قال في مختصره قال الحسن وكان ابو
حنيفة يقول ينبغي للامام اذا بلغه ان الخوارج يشترون السلاح ويتاهبون للخروج لقتال
اهل الجماعة فينبغي للامام ان يبعث اليهم من الجند من يقاتلهم وينبغي للمسلمين ان يسارعوا في
ذلك ويقاتلوهم قال في شرح الطحاوي فاذا قاتلوهم فمن قتل من اهل البغي لا يغسل ولا
يصلى عليه ومن قتل من اهل العدل فانه يفعل به ما يفعل بالشهيد وحكمه حكم الشهيد
وقال في وجيزه ثم يتقدم التدبير اولا ولا يتبع المدبر آخرا فلو بطلت شوكتهم في الحال ولكن
لم يؤمن غائلة اجتماعهم في المآل فيجوز اتباعهم بالقتل وجهان ثم الاصل في جواز قتال البغاة

قوله تعالى وان طايفتان من المومنين اقتتلوا فاصلحوا بينهما فان بغت احداهما على الاخرى فقاتلوا
التي تبغي حتى تفيء الى امر الله اي حتى ترجع ولان عليا رضي الله عنه قاتل الخوارج بمحضر من اصحاب
رسول الله عليه السلام من غير نكير منهم فحل محل الاجماع ولان في اجتماعهم مفسدة عظيمة
فيجب تفريقهم بالقتال دفعا لها والذي روي عن ابن عمر وغيره من الصحابة رضي الله عنهم
من قعودهم وترك الاعانة فذاك محمول على عدم قدرتهم على القتال اذا العاجز لا يلزمه الحضور
قوله وذكر الامام المعروف بخواهر زاده وهو الامام ابو بكر محمد بن الحسين البخاري
وسمي خواهر زاده لانه كان بن اخت القاضي الامام ابي ثابت قاضي سمرقند وكان خواهر زاده
اماما كاملا في الفقه بحرا غزيرا صاحب التصانيف ومبسوطه اطول المباسيط وكانت وفاته فيما
بلغنا في السنة التي توفي شمس الايمة السرخسي سنة ثمان وثمانين واربعماية وكان وفاة فخر الاسلام
البزدوي سنة احدى وثمانين واربعماية وكان وفاة القدوري سنة ثمان وعشرين واربعماية
قوله وهم مسلمون اي البغاة مسلمون بدليل قوله تعالى فان بغت احداهما اي احدى الطايفتين
من المومنين وقد سمى البغاة مومنين كما ترى قوله لان نفس الكفر مبيح عنده يعني ان علة اباحة
القتل هو الكفر عند الشافعي وعندنا العلة هي الحراب قوله ولنا ان الحكم يدار على الدليل
وهو الاجتماع يعني ان المقصود من قتال البغاة دفع شرهم فاذا وجد دليل الشر وهو اجتماعهم
وتعسكرهم يجب دفعهم بالقتال والدفع هو الحكم المرتب على شرهم فلا حاجة الى انتظار حقيقة
الشر لانه حينيذ ربما يحصل لهم شوكة وقوة يقع منها على المومنين امر عظيم لا يتدارك ولهذا
يضرب لهم المثل السابر سمن كلبك ياكلك قوله حتى يقلعوا والاقلاع الامتناع منه قوله
عليه السلام اقلعوا عن المعاصي قبل ان ياخذكم الله قوله عند الغنا والغنا بفتح الغين المعجمة
والمد الكفاية قوله فان كانت فيه اجهز على جريحهم واتبع موليهم هذا لفظ القدوري في مختصره
وهذا لان الغرض من قتال البغاة ازالة بغيهم لقوله تعالى حتى تفيء الى امر الله فاذا كانت لهم
فيه يلتجي المولي اليها فالغالب انه يعود باغيا فلهذا اجوزنا قتله وكذلك الجريح اذا كانت لهم فيه
يدفف عليه لان الغالب من حال الجريح انه يبرا فيعود باغيا حينيذ بالالتجا الى فيه البغاة فجاز قتله
وعند الشافعي اذا بطلت شوكتهم في الحال ولكن لم يومن غايلة اجتماعهم في المال فيجوز اتباعهم
بالقتل وجهان له في الخلافيه انه اندفع شرهم فلا حاجة الى الاتباع وهذا لانه قتال على وجه
الدفع فصار كقتال غير الخوارج قلنا لا نسلم انه قتال على وجه الدفع ولهذا يجب قتالهم بمجرد
امتناعهم عن احكامنا وتجبرهم بلا انتظار الى قتالنا ولين سلمنا لكن لا نسلم ان المعتبر وجود القتال
منهم حقيقة بل المعتبر دليل القتال وذلك حاصل اذا كانت لهم فيه فلو انتظرنا الى وجود
القتال منهم حقيقة ربما لا يمكن دفع شرهم بعد ذلك يقال اجهز على الجريح اذا اسرع
قتله وهذه الافعال في المتن اعني قوله اجهز واتبع ولم يجهز ولم يتبع كل ذلك على صيغة
المبني للمفعول قوله دونه اي دون اجهاز جريحهم واتباع موليهم قوله في الحالين
اي فيما اذا كانت لهم فيه او لم يكن لهم فيه قوله دليله اي دليل القتال قوله ولا
يسبى لهم ذرية ولا يغنم لهم مال هذا لفظ القدوري في مختصره وهذا لما روي عن علي رضي
الله عنه انه قال يوم الجمل لا يغنم لهم مال ولا يسبى لهم ذرية ولانهم مسلمون فلا يغنم مالهم
كذا في شرح الاقطع ويوم الجمل هو اليوم الذي كان فيه وقعة عايشة مع علي رضي الله عنهما
وقد مر ذكره قبل هذا وانما سمي يوم الجمل لان عايشة كانت يوميذ على الجمل قوله وهو

القدوة

القدوة في هذا الباب اي علي رضي الله عنه هو المقتدى في باب قتال الخوارج والقدوة
اسم للاقتداء كالاسوة اسم للايتساء يقال فلان قدوة اي يقتدى به قوله وقوله
في الاسير اي قول علي رضي الله عنه في الاسير ولا يقتل اسيرنا وقيل ذلك فيما اذا لم يكن
لهم فيه اما اذا كانت لهم فيه فان شاء الامام قتل الاسير وان شاء حبسه دفعا للشر
بقدر الامكان وهو المراد بقوله لما ذكرنا قوله ولا باس بان يقاتلوا بسلاحهم ان
احتاج المسلمون اليه هذا لفظ القدوري قال في وجيزهم واما اسلحتهم وخيولهم
فلا يجوز استعمالها في القتال ويرد عليهم عند الامن منهم ولا يرد قبله لان تصرف في مال
المسلم بغير اذنه فلا يجوز ولنا ان عليا رضي الله عنه قسم ما اصاب من سلاح اهل البغي بين
اصحابه لما وضعت الحرب اوزارها ردها عليهم وكانت القسمة قسمة انتفاع لدفع الحاجة
لا قسمة تمليك ولان للامام الاستعانة بسلاح اهل العدل عند الحاجة فاولى ان يستعين بسلاح
اهل البغي وقال في شرح الاقطع اخذ رسول الله دروعا من صفوان بغير اختياره قوله والكراع
على هذا الخلاف اي يجوز استعمال الكراع عند الحاجة عندنا ولا يجوز عند الشافعي قال في ديوان الادب
الكراع الخيل والمعنى فيه الحاق الضرر الادنى لدفع الضرر الاعلى اي المعنى الجامع في استعمال الاسلحة
اهل البغي وكراعهم هو الحاق الضرر الادنى وهو ضرر صاحب السلاح وصاحب الكراع لدفع
الضرر الاعلى وهو الضرر العام الواقع على عامة المسلمين فيتحمل الادنى لدفع الاعلى قوله ويحبس الامام
اموالهم فلا يردها عليهم ولا يقسمها حتى يتوبوا فيردها عليهم هذا لفظ القدوري في مختصره اعلم ان
الامام يحبس اموال اهل البغي دفعا لشرهم وكسرا لشوكتهم كيلا يستعينوا بها علينا ولا يقسمها
بين اهل العدل الى ان يتوب اهل البغي لان مالهم لا يملك بالقهر لان الاسلام عاصم للنفس والمال
جميعا فاذا تابوا ردت عليهم او الى ورثتهم ويباع كراعهم اذا لم يكن لاهل العدل حاجة الى استعمالها
ويحفظ ثمنها الى ان يرد الى اربابها اذا تابوا لان حفظ الكراع يحتاج الى مونة والثمن لا مونة في حفظه
فكان حفظ الثمن ايسر وانظر للحافظ ولصاحب الكراع جميعا واما السلاح فانه يدفع الى اربابه
بعد ما تضع الحرب اوزارها قوله واما الرد بعد التوبة فلاندفاع الضرورة ولا استغنام
فيها يعني ان اموال اهل البغي لا يستغنم لعصمتها فلا يقسم لاجل هذا بين اهل لكنها حبست ضرورة
دفع الشر فاذا اندفعت الضرورة بتوبتهم ردت اليهم قوله وما جباه اهل البغي من
البلاد التي غلبوا عليها من الخراج والعشر لم ياخذه الامام ثانيا وهذا لفظ القدوري في مختصره
وتمامه فيه فان كانوا صرفوه في حقه اجزى من اخذ منه وان لم يكونوا صرفوه في حقه فعلى
اهله فيما بينهم وبين الله تعالى ان يعيدوا ذلك وقوله من الخراج والعشر بيان لقوله ما جباه
اعلم ان اهل البغي اذا اخذوا العشر والخراج لا يوخذ ثانيا لان الاخذ باعتبار الحماية الا
ترى الى قول عمر رضي الله عنه ان كنت لا تحميهم فلا تجبهم ثم ان كان صرف اهل البغي ما اخذوه
في وجهه فلا اعادة اصلا لا قضا ولا ديانة لان الحق وصل الى مستحقه وان لم يصرفوه في
وجهه فلا اعادة عليهم قضا ولكن يفتى اربا ب الاموال ان يعيدوا ذلك فيما بينهم وبين الله
تعالى لان سقوط المطالبة قضا لا يوجب سقوطها ديانة ولكن قال مشايخنا لا اعادة عليهم
في الخراج ديانة ايضا لانهم محل الخراج لكونهم مقاتلة وكذلك لا اعادة عليهم ايضا في العشر اذا
كان اهل البغي فقرا لان مصرف العشر هم الفقرا من اهل الاسلام وقد وجد قوله وقد
بيناه في الزكاة اي قبيل فصل في التغلبية قوله وفي المستقبل ياخذه الامام اي لما لوا

بعض المشايخ وفي الحول الاتي ياخذ الامام الخوارج والعشر كما يأخذه حينئذ بظهور ولايته
قوله فيما اي في المستقبل من الزمان قوله ومن قتل رجلا وهما من عسكر اهل البغي
ثم ظهر عليهم فليس عليه شيء وهذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب
عن ابي حنيفة في اهل البغي اذا كانوا في عسكر فقتل رجل منهم رجلا منهم عمدا ثم ظهرنا عليهم
قال ليس عليه شيء اي لا يجب على القاتل دية ولا قصاص وهذا لانه قتل نفسا مباحا قتلها الا
ترى ان العادل اذا قتله لا يجب عليه شيء لان لاهل العدل ان يقتلوهم كسرا لشوكتهم فلما
كان مباح قتلها لم يجب شيء ولان القصاص لا يستوفى الا بالولاية بالمنعة ولا ولاية لامامنا
عليهم فلم يجب شيء فصار كالقتيل الذي وجد في دار الحرب قوله وان غلبوا على مصر فقتل رجل
من اهل المصر رجلا من اهل المصر عمدا ثم ظهر على المصر فانه يقتص منه وهذه من مسائل
الجامع الصغير اي وان غلب البغاة على مصر وذلك لانه قتل نفسا معصومة في دار الاسلام
بغير حق ومن قتلها بغير حق يجب عليه القصاص او استيلاء وهم كان بعارض فلما زال صار كان
لم يكن قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير وانما معنى المسألة انهم غلبوا ولم يجر فيها
حكمهم حتى ازعجهم امام العدل عن اهل المصر فلذلك وجب القود قوله واذ عجوا قبل ذلك
اي ازعج اهل البغي قبل اجراء احكامهم على اهل المصر قال في الديوان الادب ازعجه اي قلعه عن
مكانه قوله وفي ذلك لم ينقطع ولاية الامام اي فيما اذا لم يجر احكامهم قوله واذا قتل
رجل من اهل العدل باغيا فانه يرثه وهذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد
عن يعقوب عن ابي حنيفة في العادل يقتل الباغي قال يرثه وان قتل الباغي العادل وقال
كنت على حق وانا الان على حق يرثه وان قال كنت على باطل لم يرثه وقال ابو يوسف لا اورثه
في الوجهين اي فيما اذا قال كنت على حق وفيما اذا قال كنت على باطل
واصله ان ما تلف بين اهل العدل والبغي من نفس او مال فلا ضمان فيه على احد من الفريقين
لكنه يأثم الباغي وقال الشافعي في القديم يجب على الباغي ضمان النفس والمال وفي الجديد لا
ضمان عليه وجه قوله في الضمان انه ظالم متعدي فيضمن كما لو تلف قبل ان يكون لهم منعة
بخلاف فعل العادل فان فعله حق فلا يجب الضمان ووجه قولنا ما ذكر اصحابنا في كتبهم كتحفة
الاسلام وغيره عن الزهري انه قال وقعت الفتنة واصحاب رسول الله عليه السلام متوافرون
فاتفقوا على ان كل دم استحل بتاويل القرآن فهو موضوع وكل فرج استحل بتاويل
القرآن فهو موضوع وما كان قائما يرد قال في تحفة الفقهاء هذا اذا اتلفوا في حال المنعة
فاما اذا اتلفوا اموالهم ونفوسهم قبل ظهور المنعة او بعد الانهزام فانهم يضمنون لانهم
من اهل دار الاسلام ثم قال هذا جواب الحكم ويفتى ان يضمن كل واحد من الفريقين للاخر
ما اتلف من الانفس والاموال لكونها معصومة في هذه الحالة الا بطريق الدفع ولان
التاويل الفاسد ينزل منزلة التاويل الصحيح في حق دفع الضمان لان كلامنا فيما اذا كانت
لهم منعة دافعة فصح في حق الدفع فلم يجب الضمان بيانه ان الخوارج يستحلون دماء المسلمين
بالمعصية صغيرة كانت او كبيرة لقوله تعالى ومن يعص الله ورسوله فان له نار جهنم خالدا
فيها وتاويلهم هذا وان كان فاسدا لكنه اعتبر في حق دفع الضمان لما روينا عن الزهري انفا ثم
قال ابو يوسف وهذا قول الشافعي ان الباغي اذا قتل مورثه العادل لا يرثه لانه قتل بغير
حق وتاويله الفاسد يعتبر في حق الدفع لا في حق استحقاق الميراث فيحرم الارث بخلاف

ما اذا قتل العادل الباغي حيث لا يحرم الارث بالاتفاق لانه قتل وقال ابو حنيفة ومحمد
ان التاويل الفاسد جعل كالصحيح في حق احكام الدنيا ولهذا لم يجب به الضمان لا دية
ولا قصاص ولا كفارة فلا يجب الحرمان ايضا وتحقيقه ان سبب الارث وهو القرابة موجود
فاعتبرنا تاويله في حق دفع الضمان فيعتبر في دفع الحرمان عن الارث ايضا لكن شرطه
الارث ان يكون مصرا على دعواه فاذا رجع فقد بطلت ديانته فلا ارث كما اذا قال كنت
على الباطل قوله وقال الشافعي في القديم انه يجب اي قال القدوري في القول القديم
يجب الضمان قوله وعلى هذا الخلاف اذا تاب المرتد وقد اتلف نفسا او مالا اي لا يجب الضمان
عندنا وعلى قول الشافعي في القديم يجب قال الامام الولوالجي في فتاواه وكذا المرتدون
اذا اتلفوا دماءنا واموالنا حالة الحرب لا يضمنون لان هذا اتلاف حصل ممن لا يعتقد
وجوب الضمان بسببه في حال ليس لنا ولاية الالزام عليه فلا يؤاخذ به قياسا على اهل
الحرب اذا اسلموا فانهم لا يضمنون ما اتلفوا قوله له انه اتلف اي للشافعي قوله
رواه الزهري ذكرناه انفا وهو محمد بن مسلم بن عبد الله بن شهاب الزهري من كبار التابعين
مات سنة اربع وعشرين ومائة وهو ابن اثنين وسبعين سنة قوله ولهذا لان
الاحكام لا بد فيها من الالزام او الالتزام اشار الى قوله والباغي اذا قتل العادل لا
يجب الضمان عندنا وبانه تبيانه ان احكام الشرع في حق الدنيا اما بالالزام او بالالتزام
ولم يوجد الالزام على الباغي لوجود منعة اهل البغي بخلاف ما قبل ظهور المنعة لان
ولاية الامام ثابتة عليهم باقية كما كانت وكذا لم يوجد الالتزام من الباغي لتاويله الفاسد
ان مال العادل مباح ويجوز اراقة دمه لان من عصى الله تعالى صغيرة او كبيرة فقد
كفر بخلاف الاثم فانه يثبت سواء كانت لهم منعة او لم تكن لان منعتهم في حق الشارع
كلا منعة فلا يكون وجود منعتهم دافعا للاثم قوله ولهما فيه اي لابي حنيفة ومحمد في قتل
الباغي العادل قوله فيعتبر الفاسد فيه اي التاويل الفاسد في دفع الحرمان قوله
الا ان من شرطه استثناء من قوله فيعتبر الفاسد اي من شرط اعتبار التاويل الفاسد بقاء
الباغي على ديانته قوله الدافع اي الدافع للضمان قوله قال ويكره بيع السلاح من اهل
الفتنة وفي عساكرهم وهذه من خواص الجامع الصغير وتمامه فيه وكان ابو حنيفة لا
يرى باسا بالبيع بالكوفة من اهل الكوفة ممن لا يعرف من اهل الفتنة وانما كره البيع من
اهل الفتنة لئلا يلزم الاعانة على المعصية قال تعالى وتعاونوا على البر والتقوى ولا
تعاونوا على الاثم والعدوان وليس هذا كبيع العصير ممن يجعله خمرا حيث لا يكره
لان العصير ليس بالة للمعصية وانما يصير الة لها اذا تبدل وصار خمرا والسلاح
نفسه الة للمعصية والفتنة فكره بيعه من اهل الفتنة بخلاف ما اذا باع من اهل
الكوفة ممن لا يعرفه من اهل الفتنة حيث لا يكره له لان امره حينئذ محمول على الجهاد لان
امور المسلمين محمولة على الصلاح والسداد دون الفساد هذا في السلاح اما فيما لا يقاتل
به الا بصنعة متجددة كالحديد فلا باس ببيعه من اهل الفتنة نظيره بيع المزامير والطنابير
يكره وبيع الخشب لا يكره وبيع الخمر باطل ولا باس ببيع العصير ممن يتخذه خمرا وانما خص
البيع بالكوفة وان كان هذا الحكم كذلك في غيرها لما ان الخوارج ظهروا من ثمة قوله يكره
بيع المعازف قال صاحب ديوان الادب المعزف ضرب من الطنابير يتخذه اهل اليمن قال في

تحفة لعقرها كل من لا يباح قتله من اهل الحرب لا يباح قتلهم من اهل البغي الا اذا وجد القتال من
العبيد والنسوان والشيوخ والصبيان فيقاتلون في حالة القتال وبعد الانهزام لا يباح ويكره ان
يبتدئ برؤس البغاة او الحربي الا الا ان اذا كان في ذلك وهن لهم فلا باس به ثم قتلى
اهل العدل شهدا يفعل بهم ما يفعل بالشهدا يكفنون في ثيابهم ولا يغسلون ويصلون عليهم
واما قتلى اهل البغي فلا يصلى عليهم سوا كان لهم فئة او لم يكن هو الصحيح ولكن يغسلون ه
ويكفنون ويدفنون لان هذا من سنة الموتى واما قضا قاضي اهل البغي فلا يصح لاحتمال انه
قضى بما هو باطل عندنا لانهم يستحلون اموالنا ودمانا ولا يقبل قاضي اهل العدل ه
كتاب قاضيهم لما ذكرنا من الاحتمال واذا تابوا ورجعوا ينظر الامام في قضاياه ان قضى
بما هو الحق بشهادة العدل ينفذ والا فيرد الكل فاما اذا نصبوا قاضيا من اهل العدل
كان قضاه نافذ لان لهم شوكة وقوة فامكن القاضي تنفيذ قضاياه بقوتهم هذه المسايل الى
هنا لفظ التحفة ذكرناها لكثير الفوايد هذا اخر كتاب السير يتلوه كتاب اللقيط ان شا الله
تعالى وصلى الله على سيدنا محمد واله وصحبه وسلم تسليما كثيرا

كتاب اللقيط

ذكر اللقيط واللقطة بعد السير لما ان النفوس
والاموال في الجهاد على شرف الهلاك فكذلك اللقيط واللقطة على شرف الهلاك وقدم اللقيط
على اللقطة لكون النفوس اعز من المال وانما قدم السير عليهما لان في الجهاد اعلا كلمة الله تعالى
واخلا العالم عن الفساد الذي هو راس كل معصية وهو الكفر والجهاد فرض على سبيل الكفاية
لقوله تعالى اقتلوا المشركين او فرض عين اذا كان النفير عاما وقدمه ذلك ولان الالتقاط ه
مندوب اليه لقوله تعالى ومن احياها فكانما احيا الناس جميعا غاية ما في الباب انه يجب
الالتقاط اذا خيف الضياع على اللقيط ولا شك ان مرتبة الفرض اقوى فكان تقديمه ه
اولى وقول صاحب الهداية اللقيط يسمى به باعتبار ماله لما انه يلقط معناه ان اللقيط ه
بمعنى الملقوط فعيل بمعنى مفعول هو علقوط في الحال وانما يسمى به باعتبار المال والعاقبة
لانه سيلقط ثم هو في الشريعة اسم لما يوجد مطروحا على الارض من صغار بني ادم واللقطة
اسم لما يوجد مطروحا على الارض من الاموال قال في التحفة اللقيط يساوي الصبي ه
الذي ليس بلقيط في عامة الاحكام وله احكام على الخصوص منها ان التقاطه واجب على كل
من وجده لان في تركه ضياعه فيجب عليه صيانته ومنها انه اذا التقطه فان شا تبرع في
تربيته والانفاق عليه وان شا رفع الى السلطان ليامر بتربيته احدا بمال بيت المال والانفا
عليه اذا لم يكن له مال فان كان معه مال كان نفقته منه ولو انفق الملتقط ليرجع عليه
بعد بلوغه ان كان باذن القاضي يرجع والا فلا ومنها ان الولاية عليه للسلطان في حق ه
الحفظ وفي حق التزويج ومنها ان ولاه لبيت المال فيكون عقله على بيت المال وكذلك ميراثه ه
لبيت المال اذا لم يظهر لها وارث ومنها انه حر هذا حاصل ما قاله في التحفة قوله قال
اللقيط حر اي قال القدوري في مختصره هذا المروي في الاصل عن علي رضي الله عنه
انه قال اللقيط حر وولاوه وعقله للمسلمين وعن عمر مثله وعن شريح وابراهيم مثله ولان
الاصل هو الحرية والرق بعارض الكفر ولم يوجد العارض فوجب العمل بالاصل فاعتبر
مسلما تبعا لدار الاسلام قال في شرح الطحاوي اللقيط حر في جميع احكامه حتى ان قاذفه
يحد وقاذف امه لا يحد وتجوز شهادته بعد البلوغ اذا كان عدلا فيصح تدبيره واعتاقه

وجنايته

وجنايته والجناية له وعليه كجناية الاحرار قوله ونفقته في بيت ...
القدوري في مختصره وهذا المروي في كتب اصحابنا ان رجلا وجد منبوذا فاتى به عمر فقال
عمر رضي الله عنه نفقته علينا وهو حر ولانه مسلم فقير ليس بقادر على الكسب ولا قرابة بينه
وبين الملتقط او غيره فوجب نفقته في بيت المال كسائر فقرا المسلمين ولان ارثه لبيت المال
فيكون مونته فيه ايضا لان الغرم بالغنم ولهذا اذا جنى جناية خطا على انسان يكون عقله
في بيت المال ولو انفق عليه الملتقط فهو متطوع الا ان يامره القاضي بذلك على ان
يكون دينا عليه فهو دين عليه اذا كبر لانه انفق عليه بامر من يلي عليه وان امره ه
القاضي بذلك مطلقا ولم يقل على ان يكون دينا عليه وذكر في الكافي انه لا يكون دينا عليه
ولا يرجع عليه وهذا اصح لان الامر المطلق يحتمل قد يكون للحث في اتمام ما شرع فيه
من التبرع وقد يكون للرجوع وانما يزول هذا الاحتمال اذا شرط ان يكون دينا عليه
وان كان مع اللقيط مال او دابة فهو له ينفق عليه منه بامر القاضي لان اللقيط حر
وما في يده فهو له بظاهر يده كذا ذكر في فتاوي الولوالجي قوله فاشبه المقعد الذي
لا مال له اي اشبه اللقيط المقعد الذي لا مال له يعني اذا لم يوجد له قرابة من احد
حيث يجب نفقته في بيت المال قوله والخراج بالضمان قال في المغرب الخراج ما يخرج من غلة
الارض او الغلام ومنه الخراج بالضمان اي الغلة بسبب ان ضمنته يعني ان ميراث اللقيط لما كان
لبيت المال كان مونة نفقته في بيت المال لان الغرم بالغنم قوله والملتقط متبرع بيانه
مر ويقال برع بضم العين براعة فهو بارع اذا افضل على اقرانه ومنه تبرع بالجود اذا تفضل
قوله فان التقطه رجل لم يكن لغيره ان ياخذه منه اي قال القدوري في مختصره
لان الملتقط سبقت اليه فكان اولى به لسبقه كما في ساير المباحات ولان الالتقاط سبب
الاحيا فمن وجد ذلك من جهته كان اولى من غيره كالولادة قوله فان ادعى مدع انه ابنه
فالقول قوله هذا لفظ القدوري في مختصره قال صاحب الهداية معناه اذا لم يدع الملتقط
نسبه وانما شرط هذا لان الذي في يديه اذا ادعاه مع دعوى غيره معا او قبل دعوى غيره فهو
ابن الذي هو في يديه اما اذا لم يدعه من هو في يديه فهو ابن المدعي سوا صدق الذي هو في يديه
او كذبه كذا ذكره الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره وهذا الذي ذكره القدوري استحسان
والقياس ان لا يقبل قوله لان دعواه تتضمن ابطال ما ثبت للملتقط في حق الحفظ او ما
لعامة المسلمين من الولاية فلا يقبل من غير بينة ووجه الاستحسان ان يد الملتقط
ليست مستحقة وهي ضعيفة يمكن للحاكم ازالتها اذا راى المصلحة فيها وفي دعوى الخارج نسب
اللقيط نفع له من حيث وجوب النفقة والحضانة فيقبل قوله ثم اختلف المشايخ ه
فقال بعضهم يقبل قوله في حق ثبوت النسب لا في ابطال يد الملتقط وقال بعضهم فيهما جميعا
لان من ضرورة ثبوت نسب اللقيط من الخارج بطلان يد الملتقط لان الاب بالولاية اولى
من الاجنبي وهذا معنى قوله يبتني عليه بطلان يده اي يبتني على ثبوت النسب بطلان يد
الملتقط قال الكرخي في مختصره فان سبق الذي هو في يديه او الخارج فهو للمدعي الاول
منهما الا ان يقيم الاخر بينة انه ابنه فيكون ابن الذي اقام البينة دون المدعي قوله
ويعبر بعدمه اي بعدم اللقيط بعدم النسب قوله في حقه اي في حق النسب
قوله ولو ادعاه الملتقط قيل يصح قياسا لا استحسانا والاصح على القياس والاستحسان

في الهداية تفريعا لمسئلة القدوري ولم يذكر الكرخي القياس والاستحسان
وانما ذكرهما الطحاوي فقال القياس ان يصح دعواه بالبينة وفي الاستحسان يصح بغير
بينة ثم اعلم ان وجه القياس هنا غير وجه القياس في دعوى الاجنبي بيانه ان دعوى
الاجنبي انما لا تصح قياسا للزوم بطلان حق الملتقط ودعوى الملتقط انما لا تصح
قياسا لتناقض كلامه لانه لما زعم انه لقيط كان نافيا نسبه لان ابنه لا يكون لقيطا في
يده ثم لما ادعى انه ابنه كان مناقضا لا محالة وجه الاستحسان ظاهر وهو ان فيه نفعا
للصبي من حيث وجوب النفقة والحضانة وثبوت النسب ويحصل له الشرف بذلك
وما قيل من التناقض في وجه القياس ليس بمعتبر لاشتباه الحال فربما يكون الصبي
منبوذا لبعض الحوادث فيظن الملتقط انه لقيط ثم يستبين انه ولده فلا تناقض
اذن **قوله** وقد عرف في الاصل اي في المبسوط وبيانه هو ما ذكرناه **قوله** وان
ادعاه اثنان ووصف احدهما علامة في جسده فهو اولى به هذا اذا ادعى نسب الولد
رجلان خارجان لانه اذا كان احدهما ذا اليد كان هو اولى به الا اذا اقام الاخر
البينة قال الامام الاسبيجابي ولو ادعاه رجلان انه ابنهما فان كان احدهما مسلما والاخر
ذميا فانه يقضى به للمسلم وان كانا مسلمين فايهما اقام البينة قضي له ولو اقاما جميعا البينة
قضي لهما ولو لم يقيما البينة غير ان احدهما وصف في جسده علامات فاصاب والاخر لم
يصف فانه يجعل ابن الواصف ولو لم يصف كل واحد منهما فانه يجعل ابنهما وذلك
لان العلامة تصلح ان تكون مرجحة كما في متاع البيت وقيل ان خالف بعض العلامات
ووافق البعض لا يترجح به لتعارضه كذا ذكر البيهقي في كفايته والذي يؤكد ذلك قوله
تعالى ان كان قميصه قد من قبل فصدقت وهو من الكاذبين وان كان قميصه قد من
دبر فكذبت وهو من الصادقين قال الشيخ ابو نصر البغدادي لا يشبه هذا اذا
ادعى رجلان عبدا في يد غيرهما ووصف احدهما علامة انه لا يستحق بالعلامة شيئا لان
العلامة تدل على يد كانت ويد كانت لا يستحق بها الا ترى انه لو اقام المدعي البينة ان العبد
كان في يده لم يستحق العبد بذلك ولو اقام احد مدعي نسب اللقيط البينة انه كان في يده قبل
ذلك كان احق به فكذلك ايضا يكون اولى به لاجل العلامة التي تدل على تقدم اليد وهذا
بخلاف ما اذا لم يصف واحد منهما يكون اللقيط ابنهما لتساويهما في سبب الاستحقاق وهو
الدعوى الا اذا اقام الاخر البينة فكان اولى لتايد دعواه بالحجة وقال في شرح
الطحاوي وان كان المدعي اكثر من اثنين روي عن ابي حنيفة انه جوز الى خمسة وقال
ابو يوسف يثبت من اثنين ولا يثبت اكثر من ذلك وعن محمد انه قال اجوز من ثلاثة ولا
اجوز اكثر من ذلك وقال في الشامل في قسم المبسوط ادعته امراة انه ابنها لم يقبل الا
بالبينة لان في دعوة المراة حمل النسب على الزوج واذا ادعته امراتان فاقاما البينة فهو
ابنهما عند ابي حنيفة في رواية ابي حفص وعندهما لا يكون ابن واحدة منهما وهو رواية
ابي سليمان عن ابي حنيفة ايضا لهما محال كونه مولودا منهما ولابي حنيفة جعل مجازا عن
دعوى الارث والتربية وهو من احكام النسب كما في حق الرجلين وقال في وجيزهم ولو
ازدحم اثنان قدم من سبق فان استويا قدم الغني على الفقير والبلدي على القروي والقروي
على البدوي وكل ذلك نظرا للصبي وظاهر العدالة يقدم على المستور في احسن الوجهين

قال

فان تساويا من كل وجه اقرع بينهما وسلم الى من خرجت قرعته الى هنا لفظ الوجيز **قوله** وجد
في مصر من امصار المسلمين او في قرية من قراهم فادعى ذمي انه ابنه ثبت نسبه منه وكان مسلما
وهذا لفظ القدوري وهو استحسان والقياس ان لا يثبت نسبه من الذمي لان المنبوذ في دار
الاسلام محكوم عليه بالاسلام بدليل الصلاة عليه اذا مات ودفنه في مقابر المسلمين واذا ثبت
اسلامه بحكم دار الاسلام لا يصدق الذمي على دعواه لان كل مولود يولد على الفطرة فابواه يهودانه
وينصرانه ويمجسانه وجه الاستحسان ان دعواه تضمنت شيئين النسب وابطال الاسلام فالاول
يصح لان فيه نفعا للصبي من حيث وجوب النفقة والحضانة والثاني لا يصح لان فيه ضررا للصبي
ولا ينبغي ان يكون للذمي ولد مسلم ولهذا يكون ولده مسلما اذا اسلمت امه قال الكرخي في
مختصره قال ابن سماعة عن محمد في النوادر في رجل يلتقط اللقيط فيدعيه نصراني قال فهو
ابنه وهو مسلم وان كان عليه زي الاسلام فاني اجعله مسلما فاثبت نسبه من النصراني لان ذلك
لا يضره وينفق عليه قال وان كان عليه زي الشرك فهو ابنه وهو نصراني على دينه وذلك ان يكون
في رقبته صليب وعليه قميص ديباج ووسط راسه محزوز الى هنا لفظه رحمه الله **قوله** فيما
ينفعه وهو الاسلام **قوله** دون ما يضره وهو ابطال الاسلام **قوله** فاذا وجد من قرية
من قرى اهل الذمة او في بيعة او كنيسة كان ذميا هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لانه لما
وجد في مواضع مختصة بهم كان الظاهر من حاله انه منهم فكان ذميا وان كان في حيز الجواز ان
يكون من غيرهم ولهذا الحكم بكفر منبوذ وجد في دار الحرب بدلالة الظاهر وان جاز ان يكون
ولد مسلم تاجر او اسير وهذا الذي ذكره فيما اذا وجده الذمي في مواضع اهل الذمة رواية
واحدة اما اذا وجده مسلم في مواضعهم قال في شرح الطحاوي فقد اختلفت الرواية فيه في رواية
كتاب اللقيط اعتبر المكان وفي رواية كتاب الدعوى اعتبر الاسلام اي اعتبر ما يوجب الاسلام
ايهما كان من المكان والواجد وفي رواية ابن سماعة عن محمد اعتبر الواجد وجه الاول القياس على ما
اذا وجد في دار الحرب حيث لا يكون مسلما وهذا لان المكان سابق والسبق من اسباب الترجيح
ووجه الثاني النظر للصبي ووجه الثالث انه كالمباحات التي تستحق بسبق اليد فكان اعتبار الواجد
اولى ولان اعتبار اليد اقوى من اعتبار المكان كالصبي المسبي مع احد ابويه يعتبر كافرا به لا مسلما
بدار الاسلام وقال في كفاية البيهقي قيل يعتبر السيما والذي لانه حجة لقوله تعالى تعرفهم
بسيماهم وقال تعالى يعرف المجرمون بسيماهم **قوله** في بعض النسخ اي نسخ المبسوط **قوله**
وفي بعض نسخه اي نسخ كتاب الدعوى من المبسوط قال في فتاوى الولوالجي فالحاصل ان هذه
المسئلة على اربعة اوجه احدها ان يجده مسلم في مكان المسلمين كالمسجد ونحوه فيكون محكوما له
بالاسلام والثاني ان يجده كافر في مكان اهل الكفر كالبيعة والكنيسة فيكون محكوما له بالكفر
والثالث ان يجده كافر في مكان المسلمين والرابع ان يجده مسلم في مكان الكفار ففي هذين الوجهين
اختلفت الروايات في رواية يعتبر المكان وفي رواية يعتبر الواجد وفي رواية يعتبر ما
يوجب الاسلام ايهما كان فعلى هذه الرواية يحكم باسلامه في هذين الوجهين **قوله**
ومن ادعى ان اللقيط عبده لم يقبل منه هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك ان الاصل في
بني ادم الحرية لان الناس كلهم اولاد ادم وحوا عليهما السلام وهما كانا مسلمين حرين فكان
اولادهما احرارا تبعا لهما والرق بعارض الكفر فكانت الحرية على الظاهر والحكم بالظاهر الا
ان يثبت خلافه بالبينة قال قيل البينة لا تقوم الا على خصم منكر ولا خصم هنا قلنا الملتقط

خصمه في حفظه ولا تزول يده الا بالبينة قوله فان ادعى عبد انه ابنه ثبت نسبه منه
وهذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه وكان حرا وذلك لان دعواه تضمنت شيئين النسب والرق
ففي الاول نفع الصبي لانه يحصل له الشرف بثبوت النسب فيثبت ذلك وفي الثاني ضرر فلا يثبت ذلك
لان الظاهر هو الحرية كما بينا انفا فلا يبطل ذلك بالشك قوله والحر في دعوة اللقيط اولى من العبد
والمسلم من الذمي ترجيحا لما هو الانظر في حقه اي في حق اللقيط وانما ذكر هذا تفريعا لمسئلة القدوري
ثم كون المسلم اولى من الذمي فيما اذا ادعيا وهما خارجان اما اذا كان احدهما ذا اليد كان هو اولى
وقد ذكرنا رواية الكرخي فيه عند قوله فان ادعى مدع انه ابنه فالقول قوله وكذا اذا
ادعى الذمي انه ابنه وادعى المسلم انه عبده كان ابن الذمي لان دعوى رق اللقيط لا يصح
الا بالبينة وقد مر ذلك قبيل هذا قال في فتاوى الولوالجي ولو وجد العبد اللقيط ولم يعرف
ذلك الا بقوله وقال المولى كذبت بل هو عبدي فالقول قول المولى ان كان العبد محجورا لان
ما في يد المحجور كانه في يد المولى لانه ليس له يد على نفسه فلهذا لو اقر بعين اخر في يده لغير المولى
لم يصح اقراره اذا كذبه المولى كما لو كان العين في يد المولى وان كان ماذونا له في التجارة فالقول
قول العبد لان للماذون يدا على نفسه ولهذا لو اقر بعين اخر في يده لغير المولى يصح اقراره وان
كذبه المولى فيكون القول قوله فيما في يده قوله وان وجد مع اللقيط مال مشدود عليه فهو
له هذا لفظ القدوري رحمه الله وذلك لان اللقيط في دار الاسلام لما كان حرا كان من اهل الملك
فان كان له ظاهر العدم الثابت عليه اصله القميص الذي عليه قال الحاكم الشهيد في الكافي وان وجد
اللقيط على دابة فالدابة له ثم الملتقط ينفق عليه من ذلك المال بامر القاضي لعموم ولاية القاضي
وهذا لانه نصب نظرا لامور المسلمين وهو ظاهر الرواية قال في الشامل وهو مصدق في
نفقة مثله وقيل لا يشترط القاضي لان المال للقيط ظاهرا فيصرف الواجد اليه بالاتفاق
عليه ويشهد الظاهر لما قلنا ايضا لان من وضع المال معه انما وضعه لينفق منه عليه
والعمل بالظاهر واجب الى ان يثبت خلافه لانا لم نكلف درك الباطن قوله وهو
عليها اي اللقيط على الدابة قوله لما ذكرنا اشارة الى قوله اعتبارا للظاهر قوله ولانه
صرف مثله اليه مثل الضائع اي اللقيط قوله وشراء ما لا بد له منه عطف على قوله ولاية
الانفاق اي للملتقط ولاية الانفاق وله شراء ما لا بد له منه والضمير في له راجع الى
اللقيط وفي منه راجع الى ما قوله ولا يجوز تزويج الملتقط هذا لفظ القدوري في مختصره
وتمامه فيه ولا تصرفه في مال اللقيط قال الحاكم في الكافي ولا يجوز للملتقط على اللقيط
ذكرا كان او انثى عقد نكاح ولا بيع ولا شراء هذا لفظه رحمه الله وانما لم يجز منه ذلك
لان التزويج والتصرف في المال لا يصح الا بولاية او امر ممن له الولاية وسبب الولاية
القرابة او الملك او السلطنة ولم يوجد واحد منها فلا يثبت الولاية لعدم سببها ولا
امر ايضا فلم يصح التزويج والتصرف ولان التصرف في مال الصغير لا يصح من الام مع ان لها ولاية
التزويج عند ابي حنيفة رضي الله عنه عند عدم العصبات فلان لا يصح تصرف الملتقط في
مال اللقيط بيعا وشراء اولى وليس له ولاية التزويج بطريق الاولى لان المقصود الاصلي من البيع
والشراء هو التثمير ولا يحصل ذلك بدون الراي الكامل والشفقة الوافرة فاذا انعدم احد الامرين
لا يحصل التثمير ظاهرا وهذا ظاهر وفي الام الشفقة الوافرة دون الراي الكامل وفي الملتقط
على العكس فلم يكن لهما ولاية التصرف في المال لعدم المقصود منها بخلاف الاب فان له

شفقة وافرة ورايا كاملا فكان له التصرف في النفس والمال جميعا قوله [illegible] من
الام والملتقط قوله احدهما من الراي الكامل والشفقة الوافرة قوله ويجوز ان
يقبض له الهبة وهذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه ويسلمه الى صناعة ويؤاجره
قال في كراهية الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يكون لقيط ليس
له اب فيوهب له او يتصدق فحلبه فيقبضها له قال هو جائز قال الفقيه ابو الليث
وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز لانه لا ولاية له عليه ووجه الاستحسان ان في
ذلك شفقة للصبي وهو ما دون تجلب المنفعة اليه وكل ما فيه نفع للمنبوذ من غير
ايجاب حق عليه لا يتوقف وجود الولاية كما في اطعامه وغسل ثيابه اما اجارة
الملتقط للقيط فهي جائزة على ما ذكره القدوري لان فيها تثقيف الصبي وحفظ حاله من
الضياع وذلك نفع للصبي فجاز من الملتقط وقال الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير
لا يجوز ان يواجره اي الملتقط ويجوز للام ان تواجر ابنها اذا كان في حجرها ولا يجوز
للعم اما الام فلانها تملك اتلاف منافعه بغير عوض بالاستخدام فلان تملك اتلاف
منافعه بعوض بالاجارة كان احق ولا كذلك الملتقط والعم وذكر الفقيه ابو الليث
في شرح الجامع الصغير في اجارة الام ولدها الصغير اذا لم يكن له اب القياس و[illegible]
والاستحسان فقال والقياس ان لا يجوز لها كما لا يجوز بيع ماله ووجه الاستحسان ان له
للام ولاية الحفظ وفي الاجارة تحصين الولد وحفظه فصار مثل ما ذكره قوله ويؤاجره
بالنصب عطفا على قوله ان يقبض قوله وهو الاصح اي المذكور في الجامع الصغير
هو الاصح مما ذكره القدوري وجه الاول اراد به رواية القدوري قوله يرجع
الى تثقيفه اي يرجع عقد الاجارة على اللقيط الى تثقيف اللقيط والتثقيف التقويم
يقال ثقف الرمح اي سواه قوله وجه الثاني اراد به رواية الجامع الصغير قوله
لا يملك اتلاف منافعه اي لا يملك الملتقط اتلاف منافع اللقيط بالاستخدام قوله فاشبه
العم اي اشبه الملتقط العم اي كما لا يجوز للعم اجارة الصغير فكذلك لا يجوز للملتقط قوله
بخلاف الام يعني ان الام تملك اتلاف منافع الصغير بالاستخدام بلا عوض فلان تملكه بالاجارة
بعوض اولى قوله نذكره في الكراهية اي في اخر كتاب الكراهية في مسائل متفرقة

كتاب اللقطة

مناسبة الكتابين اعني كتاب اللقيط
وكتاب اللقطة في غاية الظهور لوجود معنى اللقط فيهما جميعا الا ان اللقيط اختص
بالمنبوذ من بني ادم واللقطة اختصت بالمنبوذ من المال لان فعله يدل على معنى الفاعل
كالهمزة والضحكة بفتح الحاء والمال المنبوذ كانه يلتقط نفسها لكثرة رغبات الناس فيها وميلان
الطباع اليه فسمي لقطة على الاسناد المجازي وفي المنبوذ من بني ادم اباء القلوب عن
قبوله للزوم نفقته ومؤنته فسمي لقيطا اي ملقوطا على سبيل التفاؤل وارادة الصلاح
في حاله كما سمي اللديغ سليما والمهلكة مفازة ثم الاصل في جواز اخذ اللقطة قوله
عليه السلام من وجد لقطة فليشهد ذوي عدل قال في الشامل في قسم المبسوط اخذ اللقطة
مندوب اليه لقوله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى وقال في شرح الطحاوي اذا وجد
لقطة فالافضل له ان يرفعها اذا كان يامن على نفسه واذا كان لا يامن لا يرفعها
وقال في شرح الاقطع يستحب اخذ اللقطة ولا يجب قال في النوازل قال ابو نصر محمد بن

سلام ... اللقطة افضل في قول اصحابنا من رفعها ورفع اللقيط افضل من تركه وقال
في خلاصة الفتاوى ان خاف ضياعها يفترض الرفع وان لم يخف يباح رفعها اجمع العلما
عليه والافضل الرفع في ظاهر المذهب الى هنا لفظه وقال في فتاوى الولوالجي اختلف
العلما في رفعها قال بعضهم رفعها افضل من تركها وقال بعضهم يحل رفعها وتركها افضل
وجه القول الاول انه لو تركها لا يامن من ان يصل اليها يد خاينة فيمنعها عن مالكها
ووجه القول الثاني ان صاحبها ربما يطلبها في الموضع الذي سقطت منه فاذا تركها
وجدها صاحبها في ذلك الموضع ثم قال والاول اصح وقال الامام الاسبيجابي في شرح
الطحاوي ولو رفعها ووضعها في مكانه ذلك فلا ضمان عليه في ظاهر الرواية وقال بعض
مشايخنا هذا اذا اخذ ولم يبرح عن ذلك المكان حتى وضعه هناك فاما اذا ذهب عن مكانه
ذلك ثم اعادها ووضعها فيه فانه يضمن وقال بعضهم اذا اخذها ثم اعادها الى ذلك المكان
فهو ضامن ذهب عن ذلك المكان او لم يذهب وهذا خلاف ظاهر الرواية الى هنا لفظ
الاسبيجابي رحمه الله قوله اللقطة امانة اذا اشهد الملتقط انه ياخذها ليحفظها ويردها
على صاحبها هذا لفظ القدوري في مختصره وقد شرط الاشهاد كما ترى بلا ذكر خلاف وكذلك
ذكر الحاكم في مختصر الكافي بلا خلاف حتى اذا ترك الاشهاد فهلكت عنده ضمن ولكن قال الطحاوي
في مختصره ان ابا حنيفة كان يقول ان كان اشهد على ذلك فلا ضمان عليه فيها وان لم يشهد على ذلك
كان عليه ضمانها وقال ابو يوسف لا ضمان عليه فيها اشهد عليه انه انما اخذها ليعرفها
او لم يشهد بعد ان يحلف بالله ما اخذها الا ليعرفها ثم قال الطحاوي وبه ناخذ ولم يذكر
الطحاوي قول محمد وذكر في الشامل والمنظومة والمختلف والحصر وفتاوى الولوالجي
وخلاصة الفتاوى قول محمد مع ابي حنيفة وكذلك ذكر الاسبيجابي في شرح الطحاوي ايضا وذكر
في التحفة وشرح الاقطع قول محمد مع ابي يوسف وجه قول ابي يوسف ان الملتقط ماذون في
الاخذ شرعا ولا يكون اذن الشارع اقل من اذن المالك فاذا اذن المالك فلا ضمان فكذا اذا اذن
الشارع الا ترى ان المودع لا يجب فيها الضمان لوجود الاذن فكذا هذا ووجه قول ابي
حنيفة رضي الله عنه قوله عليه السلام من وجد لقطة فليشهد ذوي عدل وقد شرط
الاشهاد فلا يكون ماذونا بدونه ولان الاصل في تصرف الانسان ان يكون لنفسه الا
ان يجعله لغيره وذلك عند الاشهاد ولم يوجد وتجوز ان يقول ابو يوسف لو كان الاخذ
يوجب الضمان لما اختلف الحكم بالاشهاد وعدمه كما في الغصب والوديعة والحلف على
انه اخذها ليردها دليل على انه جعل تصرفه لغيره كالاشهاد وفي الاشهاد لا ضمان فكذا
الدليل فكذا اذا حلف لهذا المعنى قوله وهو الواجب اذا خاف الضياع على ما قالوا
اي اخذ اللقطة واجب اذا خاف الضياع على ما قال المشايخ قوله واذا كان كذلك اي اذا
كان اخذ اللقطة ماذونا فيه قوله وكذا اذا تصادقا اي لا يكون اللقطة مضمونة
اذا تصادق المالك والملتقط على ان الملتقط اخذ اللقطة للمالك لان قولهما حجة عليهما قوله
وصار كالبينة اي تصادقهما كالبينة يعني ان البينة اذا وجدت عند الاخذ لا يجب الضمان
فكذا اذا وجد التصادق قوله ولو اقر انه اخذه لنفسه يضمن بالاجماع ذكر هذا
تفريعا لمسئلة القدوري وذلك لانه تصرف في مال الغير بلا اذن فكان غاصبا وانما قيد
بالاجماع احترازا عن الضمان الذي يلزم عند عدم الاشهاد عند ابي حنيفة لان فيه

خلاف

خلاف ابي يوسف قال في شرح الطحاوي ولو اخذها ليأكلها لا ليردها على صاحبها فهلكت
فانه يضمن ولا يبرا عن ضمانها حتى يدفعها الى صاحبها قوله فان لم يشهد الشهود عليه
وقال الاخذ اخذته للمالك وكذبه المالك يضمن عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
لا يضمن والقول قوله اي قول الاخذ يعني مع الحلف على انه اخذها ليردها على صاحبها
وذكر ايضا تفريعا لمسئلة القدوري وبيانه مر انفا قوله لاختياره الحسبة اي
لاختيار الملتقط وجه الله تعالى والحسبة اسم للاحتساب كالعدة من الاعتداد وانما
قال احتسب العمل لمن ينوي به وجه الله تعالى لان له حينئذ ان يعتد عمله فجعل في حال
مباشرة الفعل كانه معتد كذا ذكره الزمخشري في الفايق قوله وما ذكر من الظاهر
يعارضه مثله اي الذي ذكره ابو يوسف من شهادة الظاهر للملتقط يعارض ذلك
الظاهر ظاهر اخر مثله بان يقال الاصل والظاهر ان يكون تصرف الانسان لنفسه لا
لغيره وذكروا في شرح الفتاوى هذا الاختلاف اذا كان متمكنا من الاشهاد فاما اذا لم يتمكن
لعدم من يشهد على ذلك او لخوفه على ان ياخذه منه ظالم فالقول قوله مع اليمين
بالاجماع ولا ضمان عليه في ترك الاشهاد قوله ويكفيه في الاشهاد ان يقول من
سمعتموه ينشد لقطة فدلوه علي واحدة كانت اللقطة او اكثر قال في شرح الطحاوي ولو قال
الملتقط لقطة او ضالة او قال عندي شي فمن سمعتموه يسال شيا فدلوه علي فلما جا صاحبها
قال هلكت لا ضمان عليه وكذلك لو وجد لقطتين قال من سمعتموه يسال شيا فدلوه
علي ولم يقل عندي لقطتان وكذلك لو قال عندي لقطة يبرا من الضمان وان كانت عشرا
وهذا كله اشهاد لانه انما اخذها ليردها على صاحبها وقال شمس الايمة الحلواني ما يكون
في التعريف ان يشهد عند الاخذ ويقول اخذها لردها فان فعل ذلك ولم يعرفها
بعد ذلك كفى قوله قال فان كانت اقل من عشرة عرفها اياما وان كانت عشرة فصاعدا
عرفها حولا اي قال القدوري في مختصره وهذا الذي ذكره رواية عن ابي حنيفة وفي
قول ظاهر الرواية مدة التعريف مقدرة بالحول الى ما قال الحاكم الجليل الشهيد في
الكافي واذا وجد الرجل لقطة عرفها حولا وكذلك قدر الطحاوي في مختصره وقال في شرح
الطحاوي واذا التقط لقطة يعرفها سنة سوا كان الشي نفيسا او خسيسا في ظاهر الرواية
هذا لفظه وقال في فتاوى الولوالجي وعن ابي حنيفة انه قال ان كانت مايتي درهم فما
فوقها يعرفها حولا وان كانت اقل من مايتي درهم الى عشرة يعرفها شهرا وان كانت اقل
من عشرة يعرفها على حسب ما يرى وعن ابي حنيفة في رواية اخرى ان كانت مايتي درهم فصاعدا
يعرفها حولا وان كانت عشرة فصاعدا يعرفها شهرا وان كانت ثلاثة فصاعدا يعرفها عشرة
ايام وان كانت درهما فصاعدا يعرفها ثلاثة ايام وان كانت دانقا فصاعدا يعرفها يوما
وان كانت دون ذلك ينظر يمنة ويسرة ثم يضعه في كف فقير وقال شمس الايمة السرخسي
وكل شي من هذا ليس بتقدير لازم بل يعرف القليل بقدر ما يغلب على ظنه ان صاحبها لا يطلبها
بعد ذلك وقال اصحاب الشافعي التعريف واجب سنة وهو قول مالك واحمد وجه
اعتبار الحول ما روي في الصحيح البخاري بسنده الى ابي ابن كعب قال اخذت صرة مائة دينار فاتيت
النبي صلى الله عليه وسلم فقال عرفها حولا فعرفتها فلم اجد من يعرفها ثم اتيته فقال عرفها
حولا فعرفتها فلم اجد ثم اتيته ثلاثا فقال احفظ وعاها وعددها ووكاها فان جا صاحبها

والاقتصار على فيها ... وجه الاستدلال به ان النبي صلى الله عليه وسلم اعتبر الحول في كل مرة
ولا ما ... ستعينة لوجود اداء الزكاة وكانت تعريف اللقطة لان اللقطة حوزها النصدق
بعد التعريف ان لم يوجد صاحبها ووجه تلك الرواية ان الحديث ورد في ماتي دينار او نحن
نقول بموجبه اذا كانت اللقطة مايتي دينار او في معنى المائة بان يكون عشرة دراهم
لان العشرة تقطع اليد بها في السرقة كالمائة وتصلح ان تكون مهرا كالمائة فلما كانت في معنى
المائة من هذا الوجه جعلنا مدة التعريف في العشرة مثلها في المائة احتياطا بخلاف
ما دون العشرة فانه ليس في معنى المائة ففوضنا تقدير المدة الى راي المبتلى به **قوله**
وقيل الصحيح ان شيا من هذه المقادير ليس بلازم وتفوض الى راي الملتقط هذا اشارة
الى قول شمس الائمة وقد مر انفا **قوله** وان كانت اللقطة شيا لا يبقى عرفه حتى اذا خاف
ان يفسد تصدق به ذكر هذا تفريعا لمسالة القدوري قالوا في شرح الطحاوي ان كانت
اللقطة مما لا يبقى اذا اتى عليه يوم او يومان عرفها فاذا خاف الفساد تصدق به **قوله**
وينبغي ان يعرفها في الموضع الذي اصابها وفي الجامع قال في شرح الطحاوي والتعريف انما
يكون في ابواب المساجد وفي الاسواق وقال في الشامل والتعريف ان ينادي في الاسواق
والمساجد من ضاع له شي فليطلبه عندي **قوله** وان كانت اللقطة شيا لا يطلبها صاحبها
كالنواة وقشور الرمان يكون القاوه اباحة ذكر هذا تفريعا لمسالة القدوري اعلم ان
ما يلتقطه الملتقط على نوعين نوع لا يطلبه صاحبه كالنواة وقشور الرمان في مواضع
متفرقة فهو مباح للملتقط يجوز انتفاعه به فيبقى على ملك صاحبه حتى اذا وجده في يد الملتقط
اخذه منه ان شا ونوع اخر يطلبه صاحبه كالذهب والفضة والعروض فلا بد فيه من
التعريف وقشور الرمان ان وجدها مجتمعة فهي من هذا النوع وان وجد جوزة ثم اخرى
حتى بلغت عشرا وصارت لها قيمة ان وجدها في موضع واحد فهي من النوع الثاني وان
وجدها في مواضع متفرقة فقد اختلف المشايخ فيه والمختار انها من النوع الثاني
والتفاح والكمثرى والحطب في الماء لا باس باخذها كذا في خلاصة الفتاوى **قوله**
قال وان جاء صاحبها والا تصدق بها اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه فان جاء صاحبها
بعد ذلك فهو بالخيار ان شا امضى الصدقة وان شا ضمن الملتقط قال الحاكم الشهيد في الكافي
واذا وجد الرجل لقطة عرفها حولا فان جاء صاحبها دفعها اليه وان لم يجي فهو بالخيار وان
شا امسكها حتى يجي صاحبها وان شا تصدق بها على ان صاحبها بالخيار اذا جاء ان شا اجاز
الصدقة وان شا اختار الضمان فضمن الذي تصدق بها وان شا ضمن المسكين فايهما ضمن لم
يرجع على الاخر بما ضمن الى هنا لفظه رحمه الله وانما كان صاحب اللقط اولى بها اذا جاء
لما حدث ابو جعفر الطحاوي في شرح الاثار باسناده الى عياض بن حمار المجاشعي عن النبي
صلى الله عليه وسلم قال من التقط لقطة فليشهد ذوا عدل ولا يكتم ولا يغيب فان جاء ربها
فهو احق بها والا فهو مال الله عز وجل يوتيه من يشا ولان ايصال الحق الى صاحبه واجب
فان امكن ايصال العين اليه يجب فيها وتعين والا تصدق بها فيكون الثواب له وان شا
امسك بها ولم يتصدق بها على رجاء ان يجي صاحبها ثم بعد التصدق ان جاء صاحبها فان شا
امضى الصدقة فكان الثواب له لان الاجازة في الانتهاء كالاجازة في الابتداء ولكن لا يشترط

قيام المحل وقت الاجازة لان الملك يثبت للفقير قبلها بخلاف ما اذا باع الفضولي مال غيره

حتى

حيث يشترط للاجازة قيام المحل لان الملك لا يثبت قبل الاجا... ما وان
تصرف في مال غيره بغير اذنه فكان سببا للضمان غاية ما في الباب انه تصر... وهي
لا تنافي الضمان الا ترى ان تناول مال الغير في حال المخمصة يحل باباحة شرعية لكن
مع الضمان وكذا الرمي الى الصيد المباح وكذا المشي في الطريق مباح فاذا هلك بذلك شي
يجب الضمان على الماشي والرامي لان اسقاط حق محترم لا يجوز بلا ضمان وان شا ضمن المسكين
لانه قبض مال الغير بغير اذنه فصار الملتقط كالغاصب والمسكين كغاصب الغاصب لكن ايهما
ضمن لا يرجع على صاحبه بشي اما المسكين فلانه اخذ لنفسه ومن اخذ لنفسه لا يرجع على
احد كالمستعير واما الملتقط فلانه لما ضمن تلك اللقطة من وقت التصدق فتبين انه تصدق
بملك نفسه ثم تضمين المسكين ان شا على تقدير هلاك اللقطة فان كانت قايمة اخذها منه ان شا لا
لقيامها عين حقه قال في خلاصة الفتاوى قال القاضي ابو جعفر ان تصدق باذن القاضي ليس
له ان يضمنه فان كانت قايمة في يد الفقير ياخذها المالك فان كان الملتقط محتاجا له ان يتصدق
اللقطة الى نفسه بعد التعريف وان كان غنيا ليس له ذلك فان قلت
قولكم الملك يثبت للفقير قبل الاجازة مسلم ولكن اذا كان كذلك فكيف صح استرداد صاحب
اللقطة قلت لا يلزم من ثبوت الملك عدم الاسترداد كالهبة
يثبت فيها الملك للموهوب له ومع هذا يصح استرداد الواهب ويوضحه ان المرتد بعد اللحاق بدار
الحرب اذا عاد تايبا ياخذ ما كان قايما من المال في يد ورثته مع ان الملك كان ثابتا لهم قبل
العود **قوله** وذلك اشارة الى ايصال الحق الى المستحق **قوله** وهو الثواب اشارة الى
ان الضمير راجع الى العوض **قوله** على اعتبار اجازته اي اجازة المالك وانما قيد به لانه اذا
لم يجز التصدق لا يكون الثواب الى المالك **قوله** ثم يحصل باذنه اي باذن المالك
قوله فيتوقف على اجازته اي يتوقف نفاذ التصدق على اجازة المالك فان اجاز نفذ
والا فلا **قوله** والملك يثبت للفقير قبل الاجازة فلا يتوقف على قيام المحل هذا جواب
سوال مقدر بان يقال لما توقف نفاذ التصدق على اجازته ينبغي ان يشترط وجود المحل
عند الاجازة لكن لا يشترط اذا هلك المال في يد الفقير ثم اجاز المالك جاز فقال في جوابه
الملك يثبت للفقير قبل الاجازة لان الملتقط لما اذن له الشرع في التصدق ملكه الفقير
لان التصرف من اسباب الملك فلم يتوقف ثبوت الملك على وجود المحل عند الاجازة **قوله**
لثبوته اي لثبوت الملك فيه اي في بيع الفضولي واذا اجاز المالك بيع الفضولي يشترط
لصحة الاجازة قيام الاربعة المالك والمتعاقدين والمعقود عليه اذا كان الثمن دينا وسيجي
ذلك في البيوع ان شا الله تعالى **قوله** لانه سلم ماله الى غيره اي لان الملتقط سلم مال
صاحب اللقطة الى غير صاحب اللقطة **قوله** قال ويجوز الالتقاط في الشاة والبقر
والبعير اي قال القدوري في مختصره قال في الشامل في قسم المبسوط الافضل اخذ الضالة
وهو في سعة من ان يتركها وقال لانه متبرع ونقل صاحب الهداية عن مالك والشافعي
اذا وجد البقر والبعير في الصحرا فالترك افضل وقال في شرح الاقطع قال الشافعي لا يجوز
وقال في كتاب التفريع لاصحاب مالك ومن وجد بعيرا في الصحرا الا باخذه وليتركه وقال
احمد بن حنبل لا يتعرض للبعير ولا لما فيه قوة المنع عن نفسه يعني الفرس والبقر لهم ما روي
في الصحيح البخاري مسندا الى زيد بن خالد الجهني ان رجلا سال رسول الله صلى الله عليه وسلم

...ر فها ...ف وكاها وعفاصها فان جاء لها فادها اليه فقال
يا رسول ... الغنم فقال خذها فانما هي لك او لاخيك او للذيب قال يا رسول الله فضالة
الابل قال فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى احمرت وجنتاه اي احمر وجهه ثم قال
مالك ولها معها حذاوها وسقاوها حتى يلقاها ربها ولان الاصل في اخذ اللقطة هو
الحرمة لانه تصرف في مال الغير بغير اذنه وانما ابيح الاخذ لخوف الضياع واذا كان مع
الدابة اللقطة ما يدفع عن نفسه كالنطح في البقر والرفس في البعير والفرس لا يكون
الضياع غالبا الا ان الضياع في حيز الجواز فجاز اخذها مع افضلية الترك وكراهة الاخذ
ولنا ان اللقطة اذا كانت شاة يستحب اخذها بالاجماع صيانة لاموال الناس عن الضياع
فاذا خيف الضياع على البعير ونحوه يستحب الاخذ ايضا لهذا المعنى وقد دل على ما قلنا ما رواه
الطحاوي في شرح الاثار مسندا الى عبد الله بن عمرو بن العاص ان رجلا من مزينة اتى رسول
الله صلى الله عليه وسلم فساله كيف ترى في ضالة الغنم قال طعام ماكول لك او لاخيك او
للذيب احبس على اخيك ضالته قال يا رسول الله كيف ترى في ضالة الابل قال ما لك ولها
معها سقاوها وحذاوها ولا يخاف عليه الذيب تاكل الكلا وترد الماء دعها حتى يجي طالبها
فدل الحديث ان المبيح للاخذ في الشاة هو خوف الضياع فاذا خيف على البعير الضياع كان حكم
البعير حكم الشاة فان قلت ينبغي ان لا يجوز اخذ اللقطة اصلا
بدليل ما روي في شرح الاثار مسندا الى الجارود رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى
الله عليه وسلم ضالة المسلم حرق النار قلت تاويل ذلك اذا
كان الالتقاط لمنفعة الملتقط كالركوب ونحوه فاما اذا كان للتعريف فيجوز ذلك بدليل
ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم من التقط لقطة فليشهد ذوي عدل وهذا هو الجواب
عن الحديث الاخر وهو قوله عليه السلام لا يووي الضالة الا الضال يعني اذا اخذها
لنفسه والحرق بفتحتين اسم من الاحراق وعن ثعلب الحرق اللهب يعني ان تملكها سبب العقاب
بالنار والعفاص الوعاء تكون فيه النفقة جلدا كان او خرقة او غير ذلك كذا قال ابو عبيد
قوله والاباحة اي اباحة اخذ اللقطة قوله واذا كان معها اي مع اللقطة يعني اذا كان
دابة ما تدفع عن نفسها كالنطح والرفس قوله بالكراهة اي بكراهة الاخذ قوله كما في
الشاة يستحب اخذها بالاجماع قوله فان انفق الملتقط عليها بغير اذن الحاكم فهو متبرع
هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه وان انفق بامره كان ذلك دينا على صاحبه
واذا رفع ذلك الى القاضي نظر فيه فان كان للبهيمة منفعة اجرها وانفق عليها من اجرتها
وان لم يكن لها منفعة وخاف ان يستغرق النفقة قيمتها باعها وامر بحفظ ثمنها وان كان الاصلح
الانفاق عليها اذن في ذلك او لم يأذن وجعل النفقة دينا على مالكها الى هنا لفظ القدوري
رحمه الله اعلم انه اذا انفق على اللقطة بدون امر القاضي يكون متبرعا بما انفق ولا
يرجع به على صاحبها لانه انفق عليها بغير امر من له ذلك فصار كما اذا علف دابة غيره
بغير امره وان انفق بامر القاضي يرجع بذلك على صاحبها لعموم ولاية القاضي وذلك
للقاضي نظرا في مصالح المسلمين وحفظ اموالهم فكان المصلحة في الانفاق جاز ذلك
وصار دينا على صاحبها فاذا دفع امر اللقطة الى القاضي نظر فيها ان كانت شيئا يمكن اجارته
كالدابة اجرها وانفق عليها من اجرتها ابقا لحق المالك صورة ومعنى بابقا العين والمالية

والاذن

وان لم يمكن اجارته كالشاة مثلا يبيع ويحفظ الثمن ...
لم يمكن ابقا الصورة لانه يخاف عليها ان يستاصل النفقة القيمة ... وان كان
الانفاق اصلح اذن في الانفاق وجعل النفقة دينا على المالك لان القاضي ناظر
في امور المسلمين فكل ما رواه احفظ واصلح كان له ذلك قال الحاكم الشهيد في الكافي
فان رفعها الى القاضي واقام البينة على من التقطها يامره ان ينفق عليها على ما
يري يومين او ثلاثة وهذا معنى قول صاحب الهداية وفي الاصل شرط اقامة
البينة وذلك لانه متى لم يامر بنفق ربما لم ينفق يهلك اللقطة فيامره بالانفاق
ان اقام البينة وان قال لا بينة لي يقول القاضي انفق عليه ان كنت صادقا فيما
قلت ويشهد القاضي على ذلك فان كان صادقا فيما قال رجع وان كان كاذبا لا يرجع
قال الولوالجي في فتاواه قالوا هذا اذا كانت اللقطة شيئا لا يخاف الهلاك عليه متى
لم ينفق الى ان يقيم البينة اما اذا كان يخاف بان القاضي لا يكلفه باقامة البينة ثم
لكن يقول له انفق عليه ان كنت صادقا قال الحاكم اذا باعها اعطاه القاضي من ذلك
الثمن ما انفق في اليومين او الثلاثة وذلك لان الثمن مال صاحبها والنفقة دين على
صاحبها وهو معلوم للقاضي وصاحب الدين اذا ظفر بجنس حقه كان له ان ياخذه فكان
للقاضي ان يعينه عليه وقال القاضي ايضا فان لم يبعها حتى جاء صاحبها واقام البينة
انها له قضى له بها القاضي وقضى عليه بنفقة الملتقط ايضا هذا الذي ذكره من اعطاء
القاضي ما انفق من ذلك الثمن اذا امره القاضي بالانفاق وشرط له الرجوع فاذا لم
يشترط ففيه روايتان في رواية لا يرجع وفي رواية يرجع كذا ذكره الولوالجي في فتاواه
وذكر ايضا فيها واذا باع اللقطة بامر القاضي لم يكن لصاحبها اذا حضر الا الثمن لان الملتقط
انما باعها بامر القاضي لان بيعه بامر القاضي كبيع القاضي ولو باع القاضي جاز البيع ولم يكن
لصاحبها الا الثمن فكذا هذا وان باعها بغير امر القاضي لا ينفذ ويتوقف على اجازة
المالك لانه باعه بغير اذن من له ولاية الاذن فبعد ذلك ان كانت اللقطة قائمة
في يد المشتري فهو بالخيار ان شا اجاز البيع وان شا ابطل البيع وان كانت اللقطة هالكة
في يد المشتري فصاحبها بالخيار ان شا ضمن البايع القيمة وان شا ضمن المشتري فان ضمن
البايع نفذ البيع لانه ملك اللقطة من حين قبضها وكان الثمن للبايع ويتصدق بما
زاد على القيمة قوله وان انفق بامره اي بامر الحاكم قوله نظرا له اي للغايب
قوله على ما يرى اي بعد حسبة خطوط عند قوله ان كان الاصلح الانفاق عليها قوله
فان كان للبهيمة منفعة اجرها اي اذا كانت البهيمة مما تصلح للاجارة كالفرس والبعير
قوله وكذلك يفعل بالعبد الابق اي يوجر الابق وينفق عليه من اجرته قال في
خلاصة الفتاوى لو احتاجت اللقطة الى النفقة ينفق بامر القاضي والاولى ان يامر
القاضي بان يوجر البعير والثور وينفق عليه من غلته ثم قال والعبد الضال هو
كذلك ثم قال والابق لا يواجر فانه يتطاول المدة فلا يتبعه قوله وان لم يكن
لها منفعة اي اذا لم تكن البهيمة صالحة للاجارة كالشاة قوله وامر بحفظ ثمنها اي
امر القاضي بحفظ ثمن البهيمة قوله اذن له من ذلك اي اذن القاضي للملتقط في الانفاق
قوله وفي هذا نظر من الجانبين اي في اذن القاضي للملتقط في الانفاق وجعل النفقة

بر ... لك بانتفاعه بماله وجانب الملتقط برجوعه على المالك بما
انفق ... في الاصل تشرط اقامة البينة وقد مر بيانه قبيل هذا واراد بالاصل المبسوط
قوله وليست تقام للقضا جواب سوال مقدر بان يقال كيف شرط في الاصل اقامة البينة
ولا تقوم البينة الا على مدعى عليه منكر ولم يوجد ذلك فقال في جوابه وليست تقام البينة
لاجل القضا حتى يشترط المدعى عليه بل اقيمت لكشف الحال يعني اقيمت حتى ينكشف حال اللقطة
لقطة قوله حتى يرجع بالنصب تعليل لقوله بقول القاضي له اي للملتقط قوله
ولا يرجع بالنصب ايضا عطفا على قوله حتى يرجع قوله وقوله في الكتاب وجعل النفقة
دينا على صاحبها اشارة اراد بالكتاب مختصر القدوري وقوله اشارة خبر لقوله وقوله يعني
ذلك اشارة الى ان الملتقط انما يرجع على المالك بما انفق اذا اشترط القاضي الرجوع قوله
وهذه رواية اي شرط الرجوع رواية وعلى هذه الرواية اذا امر القاضي بالانفاق على اللقطة
ولم يشترط الرجوع على المالك لا يرجع عليه وفي الرواية الاخرى يرجع قوله قال واذا
حضر يعني المالك فللملتقط ان يمنعها منه حتى يحضر النفقة اي قال القدوري في مختصره قال
الحاكم الشهيد في الكافي فان قال الذي في يده الدابة لا ادفعها اليك حتى تعطيني النفقة
كان له ذلك وانما قلنا ذلك لان اللقطة سلمت بنفقة الملتقط فصار كان مالكها استفاد الملك من
جهته فكان له الحبس الى استيفا النفقة كالبايع يحبس المبيع الى استيفا الثمن لان المشتري استفاد
الملك من جهته ومعنى قوله واقرب من ذلك رد الابق لان الابق يحبسه من رده لاستيفا الجعل
لانه سلم لمالكه بعد ان كان معرضا للتوى والتلف كما ان اللقطة يحبسها الملتقط لاستيفا
النفقة لانها سلمت لصاحبها بعد ان كانت عرضة للتوى والتلف ولكن دين النفقة التي امر
بها القاضي لا يسقط اذا هلكت اللقطة قبل الحبس وتسقط بعد الحبس كما في الرهن اذا هلك بعد
حبس المرتهن بالنفقة بيانه فيما قال في الذخيرة اذا ابى ان ينفق على الرهن فللقاضي ان يامر
المرتهن بان ينفق عليه فاذا قضى الدين فللمرتهن ان يحبس الرهن حتى يستوفي النفقة ولو
هلك الرهن بعد ذلك لا شي على الراهن ثم قال وهو قول زفر وقال ابو يوسف ليس له
ان يحبس بالنفقة اذا هلك في يد المرتهن فالنفقة دين على الراهن بحاله قلت هذا الذي
ذكره من سقوط دين النفقة بعد هلاك الرهن بعد الحبس ينبغي ان يكون فيما اذا كانت قيمة
الرهن وقيمة النفقة سوا او قيمة الرهن اكثر اما اذا كانت قيمة الرهن اقل ينبغي ان
يرجع المرتهن بفضل النفقة قوله قال ولقطة الحل والحرم سوا اي قال القدوري في
مختصره يعني بعد مدة التعريف وهو الحول في الظاهر يتصدق او ينتفع بنفسه ان كان فقيرا
وقال الشافعي رحمه الله اما لقطة مكة فلا يتملكها لقوله عليه السلام لا تحل لقطتها الا لمنشد
معناه على الدوام والا لم يظهر فائدة التخصيص وقيل انه يملك كسائر البلاد الى هنا لفظه
ولنا ما روي في الصحيح للبخاري مسندا الى زيد بن خالد قال جاء رجل الى رسول الله صلى الله
عليه وسلم فسأله عن اللقطة فقال اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة فان جاء صاحبها والا
فشأنك بها قال فضالة الغنم قال هي لك او لاخيك او للذيب قال فضالة الابل قال ما لك ولها
معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء وتاكل الشجر حتى يلقاها ربها وجه الاستدلال به ان رسول
الله صلى الله عليه وسلم اطلق ولم يفصل بين لقطة الحرم وغيرها ولانها لقطة ابيح اخذها
فجاز الانتفاع بها بعد الحول كلقطة الحل ولا في التصدق انما هلك المالك من حيث المعنى من

حيث

حيث تفصيل الثواب له فيملكه الملتقط كما في سائر ...
فنقول معناه لا تحل لقطتها اي رفعها الا لمن عرفها وتخصيص ... وقت لقطة
الحرم لازالة الوهم بيانه ان مكة مكان الغربا لان الناس ياتون اليها من الاقطار من كل فج
عميق ثم ينفرقوا شعر بجرفا لغالب ان لقطتها للغريب لا يدري عوده الى مكة فلا فائدة
للاذان في التعريف فينبغي ان يسقط التعريف اصلا لعدم الفائدة فازال رسول الله
صلى الله عليه وسلم ذلك الوهم فقال لا يحل رفع لقطتها الا لمعرف كما هو الحكم في غيرها من
البلاد قال صاحب الجمهرة يقال نشدت الضالة انشدها نشدا ونشدانا اذا طلبتها
وانشدت الضالة انشادا اذا عرفتها فقلت من ذهب له كذا وكذا وانشد قول الشاعر
يصيخ للنبأة اسماعه اساخة الناشد للمنشد وهذا البيت للمثقب العبدي ورايت في شرح
ديوان المثقب للاصمعي قال وكان يعجب بهذا البيت هذا المصلي اذا سمع دعا ناشد وهو
الطالب اصاخ اليه وتعزى عن مصيبته وقال ابن الاعرابي هذا كما يقال الثكلى تحن الى
الثكلى قال في ديوان الادب عفاص القارورة غلافها والوكا رباط القربة قوله
والتخصيص بالحرم مر بيانه فيه اي في الحرم قوله واذا حضر رجل وادعى اللقطة
لم تدفع اليه حتى يقيم البينة فان اعطى علامتها حل للملتقط ان يدفعها اليه فلا يجبر على ذلك
في القضا هذا لفظ القدوري في مختصره وعند مالك والشافعي واحمد يجبر الملتقط على دفع
اللقطة بعد اعطا صاحبها علامتها بان يخبر عن وزنها وعددها ووكاءها ووعائها ويصيب
في ذلك كله لما حدث البخاري في الصحيح باسناده الى زيد بن خالد الجهني رضي الله عنه قال جاء
اعرابي النبي صلى الله عليه وسلم فساله عما يلتقطه فقال عرفها سنة ثم اعرف عفاصها ووكاءها
فان جاء احد يخبرك بها والا فاستنفق بها وفي رواية فان جاء ربها فادها اليه وجه الاستدلال
به انه عليه السلام امر بالدفع بالعلامة بدون اقامة البينة ولان الملتقط لا نزاع له في
الملك لانه لا يدعي الملك وانما نزاعه في اليد فكان نزاعه من وجه دون وجه فاشترطنا
بيان العلامة دون اقامة البينة ولنا ان اليد والملك كل واحد منهما حق مقصود
للانسان ثم الملك لا يستحق بلا بينة فكذا اليد والدليل على ان اليد حق مقصود ان المدبر اذا
غصب يلزم الضمان لازالة اليد المحترمة فان لم يكن المدبر قابلا للملك وانما قلنا يحل
الدفع دون الجبر عليه توفيقا بين الحديثين حديث الخصم وحديث المشهور وهو قوله
عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من انكر بيانه المشهور اوجب البينة ولا يستحق
اللقيط بدونها فلو استحقها بحكم الحديث الاخر يلزم التعارض على وجه يلزم التنافي في هذا
الاستحقاق وعدمه والاصل في التعارض عملا بالدليلين فحملنا ما تمسكوا به على اباحة الدفع
كيلا يلزم التعارض بقدر الامكان وليس هذا كاللقيط حيث يستحق بالعلامة لان مدعي
اللقيط يدعي نسبه على نفسه فيصدق بعلامة وغير علامة اما مدعي اللقطة فلا
يصدق بغير علامة فلا يصدق ايضا بعلامة كما في سائر الدعاوي ولهذا كانت البينة
شرطا للاستحقاق ثم ان الملتقط اذا صدقه بدون البينة ودفعها اليه ياخذ منه كفيلا
استيثاقا لنفسه حتى اذا ظهر الامر بخلافه وتعذر الرجوع عليه يرجع على الكفيل قال في
خلاصة الفتاوي ياخذ منه كفيلا بلا خلاف والخلاف في الوارث اذا لم يظهر بينة انه لا
وارث له سواه اراد به مسيلة الجامع الصغير وهي ان الميراث اذا قسم بين الغرما او الورثة

... [illegible] أبي حنيفة وقالا لا يرجع كما يوجد في الابق واللقطة وجه
قولهما [illegible] أن الكفالة وقعت لمجهول بعد ظهور الحق فلا يجوز تعطيل الحق بباطل
لا لأن الوارث الغائب أو الغريم الغائب في وجوده احتمال ولا يدري ذلك والجهل لا يصلح حجة.
وأما الابق واللقطة قال في رواية لا أحب أن يأخذ منه كفيلا وقال في رواية أحب قال
الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير الرواية الاولى قول أبي حنيفة والرواية الثانية
قول أبي يوسف ومحمد وقال الزاهد العتابي وفي العبد الابق واللقطة إذا وجد السلطان
فادعى آخر أنه له وأقام البينة فإنه يدفع إليه ولا يأخذ منه كفيلا عند أبي حنيفة.
وعندهما يأخذ وإن دفع إليه بإخباره عن العلامة أو بقول العبد يؤخذ منه كفيل بالإجماع
إلى هنا لفظ العتابي وذلك لأن الحق ليس بظاهر للحاضر الاترى أن له أن يمنعه فصح تأخيره
للتكفيل ثم اعلم أن الملتقط إذا صدقه جاز دفعها إليه لأنه أقر بما ادعى لكن هل يجبر على
الدفع إليه فيه اختلاف المشايخ قال الولوالجي في فتاواه منهم من قال لا يجبر كما في الوديعة
ومنهم من قال يجبر فإذا دفع ثم أقام الآخر البينة أنها له إن كان العين قائما في يد القابض يقضى
للمدعي بالعين لأن الدفع إلى القابض إنما حصل بإقرار الدافع ولا عبرة للإقرار عند قيام
البينة وإن كان هالكا كان له الخيار إن شاء ضمن الملتقط وإن شاء ضمن القابض فإن ضمن
القابض فالقابض لا يرجع على أحد وإن ضمن الملتقط في رواية لا يرجع على القابض وفي
رواية يرجع وهو الصحيح لأن الملتقط وإن أقر أن الحق للقابض لكن القاضي لما قضى
بالملك للمدعي بالبينة فقد ظهر كذب الملتقط في إقراره والإقرار متى بطل بتكذيب القاضي
فإذا بطل الإقرار صار كأنه دفع من غير تصديق ثم ظهر الأمر بخلافه فثمة كان له أن
يرجع فكذا هنا **قوله** ويأخذ منه كفيلا إذا كان يدفعها إليه استيثاقا وهذا بلا خلاف
وقال في فصل القضاء بالمواريث فيه روايتان والأصح أنه على الخلاف يعني في أخذ الكفيل عند دفع
اللقطة روايتان والأصح أنه على الخلاف على قول أبي حنيفة لا يأخذ الكفيل خلافا لصاحبيه
ويبنى الخلاف هنا مع إثباته في فصل القضاء كلام متناقض من صاحب الهداية **قوله** ولا
يتصدق باللقطة على غني هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لأن ما كان سبيله التصدق
لا يجوز صرفه إلى غني لقوله عليه السلام لا صدقة لغني أصله الزكاة **قوله** وإن كان
الملتقط غنيا لم يجز له أن ينتفع بها وهذا لفظ القدوري في مختصره وقال الشافعي يجوز له
الانتفاع للغني بعد مضي المدة ويكون قرضا عليه كذا في الأسرار له ما روي في حديث
أبي بن كعب أنه أصاب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم صرة فيها مائة دينار فأمر
النبي صلى الله عليه وسلم أن يعرفها سنة ثم ينتفع بها وكان أبي كثير المال من مياسير أصحاب رسول
الله صلى الله عليه وسلم فأمر النبي صلى الله عليه وسلم أن يعرفها فلم يجد من يعرفها فأمر النبي
عليه السلام أن يأكلها وروي أن علي بن أبي طالب أصاب دينارا على عهد رسول الله صلى الله
عليه وسلم فعرفها فلم يجد من يعرفها فأمر النبي صلى الله عليه وسلم أن يأكله وكان لا تحل له الصدقة
كذا في الجامع الترمذي ولنا ما روى أصحابنا في كتبهم عن النبي عليه السلام أنه قال لا تحل
اللقطة فمن التقط شيئا فليعرفه سنة فإن جاء صاحبها فليردها إليه وإن لم يأت فليتصدق
واللقطة بعد مضي مدة التعريف سبيلها التصدق بدليل قوله فليتصدق فلا يجوز صرفه
إلى الملتقط لأنه غني وقد روي في الأسرار عن عمر وعلي وابن عباس أنه يتصدق بها فإن

جاصاحبها

جا صاحبها خير بين الأجر والغرم فإن اختار الغرم [illegible]
كتاب الأصل عن أبي يوسف عن أبي حنيفة عن حماد عن [illegible]
اللقطة يعرفها حولا فإن جاء صاحبها وإلا تصدق بها فإن جاء صاحبها فهو بالخيار إن شاء أنفذ
الصدقة وإن شاء ضمنه ولأنه مال أمر بإمساكه لطلب مستحقه فلا يجوز الانتفاع به من
غير حاجة كمال بيت المال ولأنه غني فلا يجوز انتفاعه بها كما لو تصدق بها على غني آخر فإن
قيل فقد جاء في الصحيح البخاري في حديث زيد بن خالد
الجهني فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها فدل أن الانتفاع للملتقط غنيا كان أو فقيرا قلنا
لا نسلم ذلك لأن معناه الزم شأنك بها في الحفظ لصاحبها كما كان قبل الحول لأنه عليه السلام
ذكر شأنا معروفا وهو الذي كان ثابتا له قبل المدة وكذلك يعني ما روي في بعض الأحاديث
اصنع بها ما تصنع بمالك أي في الحفظ والاحتياط الاترى أنه لا يصنع بها كما يصنع بمال نفسه عندهم
لأنه يتمكن أولا يتجدد قصد التملك أو إذا تقدم القصد للتملك في مدة التعريف أولا بد من لفظ
التملك أيضا على قول وعلى قول لا بد من تصرف مزيل للملك ومثل هذا لا يتحقق في مال نفسه
وأيضا سبيله سبيل القرض عندهم ولا يتحقق ذلك في مال نفسه فعلم أن المراد حفظها كحفظ ماله
والجواب عن حديث أبي قال أصحابنا إنه كان فقيرا بدليل ما روي أنس رضي الله عنه أنه قال
كان لأبي طلحة أرض فجعلها لله تعالى فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال له اجعلها في فقراء
قرابتك فجعلها في حسان بن ثابت وأبي بن كعب ولئن سلمنا أنه كان غنيا لكن إنما جاز له الانتفاع بها
لأنه كان بإذن الإمام فيوقع قرضا وهو الجواب عن حديث علي أيضا لأنه عليه السلام أقرضه
لأن إذنه على إنفاقه قرض فإن لو لا تحل اللقطة بعد الحول إما أن تكون في حكم الصدقة
المأذون في قبضها أو في حكم القرض لا يجوز أن يكون صدقة لأن الضمان يثبت لمالكها والصدقة
إذا أكلها الفقير لا ضمان فيها فعلم أنها كالقرض وفيه الغني والفقير سواء قلنا الصدقة لا تنافي
الضمان بالإجماع أما عندهم فكالزكاة المعجلة إذا استغنى الفقير قبل الحول وأما عندنا فإذا مات واحد
ولم يعرف له وارث فتصدق بماله الإمام على فقير ثم ظهر له وارث **قوله** من المياسير أي
من الأغنياء وهو جمع الميسور ضد المعسور وهما صفتان عند سيبويه ومصدران عند غيره
قوله يباح للفقير حملا له على رفعها أي ليكون حاملا له وباعثا على رفعها **قوله**
لإطلاق النصوص نحو قوله تعالى ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة
عن تراض منكم وقوله تعالى إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وقوله تعالى ولا تعتدوا
وقوله فمن اعتدى عليكم إلا أنا تركنا ظاهر الآية بالإجماع في حق التصدق على الفقراء وباتفاق
الأخبار ولم يوجد مثل ذلك في الغني فبقي داخلا تحت عموم الظاهر **قوله** والإباحة للفقير
بما روي وهو قوله عليه السلام فليتصدق به **قوله** والغني محمول على الأخذ لاحتمال
افتقاره في مدة التعريف هذا جواب عما قال الشافعي يجوز الانتفاع للغني بعد مدة التعريف
حتى يكون حاملا على رفع اللقطة وصيانتها لأنه إذا عرف أن اللقطة يجوز له الانتفاع بها
بعد المدة يرفعها رجاء أن تؤول إليه فقال في جوابه الحامل موجود لجواز افتقاره في مدة
التعريف فلا حاجة إلى تجويزه للغني **قوله** وهو جائز بإذنه أي بإذن الإمام الانتفاع
باللقطة بعد المدة جائز للغني بإذن الإمام على وجه يكون قرضا ولوقوعه في محل مجتهد
فيه فإن الانتفاع للغني يجوز عند الشافعي رحمه الله **قوله** وإن كان الملتقط فقيرا فلا

من فيما ... مختصره اذا مضت مدة التعريف فللملتقط ان يصرف
الاقربين ... وان كان فقيرا لان حاجته مقدمة على حاجة غيره فيما يرى ولهذا انه
اذا وجد ركازا كان له ان يصرف الخمس الى نفسه اذا كان فقيرا ولان في صرف اللقطة الى الملتقط
مراعاة النظر للجانبين جانب الملتقط بالانتفاع وجانب المالك بحصول الثواب ولهذا المعنى
جاز له دفعها الى غيره من الفقرا وهو وسائر الفقرا سوا في الفقرا فجاز له الانتفاع بها
ايضا **قوله** وكذا اذا كان الفقير اباه او ابنه او زوجته وان كان هو غنيا اي وان كان
الملتقط غنيا ولفظ القدوري في مختصره ويجوز ان يتصدق بها اذا كان غنيا على ابيه وابنه
وزوجته اذا كانوا فقرا لان حق اللقطة بعد مضي المدة التصدق على الفقرا وهم فقرا فجاز
التصدق بها عليهم ثم لا تخلو التصدق بها من امرين اما ان يكون واجبا فيجوز التصدق بذلك
ايضا على الاب والابن والزوجة لان الملتقط لا يدفع عن نفسه بل عن غيره وهو كالنايب
في التصدق عن غيره ومن استناب رجلا في دفع صدقته جاز ان يدفعها الى هولا فكذلك
الملتقط جاز له ان يتصدق باللقطة على هولا **قوله** وكذا اي لا باس بان ينتفع باللقطة
الاب الفقير والابن الفقير **قوله** لما ذكرنا اي لما فيه من تحقيق النظر من الجانبين

كتاب الاباق

وهذا ... الكتاب اعني اللقيط واللقطة
والاباق والمفقود لتناسبها لما فيها من معنى التوى والتلف توالى بعضها خلف بعض قال في المبسوط
الاباق تمرد في الانطلاق وهو من سو الاخلاق ورداة الاعراق يظهر العبد عن نفسه
فرارا ليتخلص ما لديه ضارا فرده الى مولاه احسان وهل جزا الاحسان الا الاحسان
والابق هو الذي يهرب من مالكه قصدا والضال هو الذي ضل الطريق الى منزله **قوله**
والابق اخذه افضل في حق من يقوى عليه ونقل صاحب خلاصة الفتاوي عن الاصل
فقال وفي الاصل اخذ الابق افضل ثم قال وفي اخذ الضال اختلف فيه يعني قال بعض
المشايخ اخذه افضل لما فيه من احيا النفس ومن التعاون على البر كالابق وقال بعضهم
ترك الضال افضل لانه لا يبرح عن مكانه فيجي صاحبه فياخذه وليس كذلك الابق لانه
اذا لم يوخذ يضيع حق مولاه **قوله** ثم اخذ الابق ياتي به الى السلطان وذلك لان الاخذ
لا يقدر على حفظه بنفسه عادة فيابق من يده مرة ثانية فلا يحصل الغرض من اخذه فياتي
به الى السلطان لانه قادر على حفظها بنفسه بخلاف الضال فانه لا يحبس لان الظاهر انه
لا يابق اذا لم يحبس وهو الذي ذكره من الاتيان بالعبد الابق الى السلطان اختاره
شمس الايمة السرخسي واما اختيار شمس الايمة الحلواني فالاخذ بالخيار ان شا حفظه
بنفسه وان شا دفعه الى الامام وكذلك الضال والضالة الواجد فيها بالخيار كذا في الذخيرة
قال الحاكم الشهيد في الكافي واذا اتى الرجل بالعبد فاخذه السلطان فحبسه فادعاه
رجل واقام البينة انه عبده قال يستحلفه ما بعته ولا وهبته ثم يدفعه اليه ولا احب
ان ياخذ منه كفيلا وان اخذ منه القاضي كفيلا لم يكن مسيئا لكن لا ياخذه احب الي قال الحاكم
هذه رواية ابي حفص ورايت في بعض روايات ابي سليمان قال احب الي ان ياخذ منه
كفيلا فان لم ياخذ منه كفيلا وسعه ذلك وان لم يكن للمدعي بينة واقر العبد انه عبده
قال يدفعه اليه وياخذ منه كفيلا وان لم يجي للعبد طالب قال اذا طال ذلك باعه الامام
وامسك ثمنه حتى يجي طالبه ويقيم البينة بان العبد عبده فيدفع اليه الثمن ولا ينتقض بيع الامام

وينفق

وينفق عليه الامام في مدة حبسه من بيت المال ثم ياخذ ...
ان باعه الى هنا لفظ الحاكم في الكافي وقال في الشامل ... فيما ... يحتمل
انه انما قال له اذا ادعى العبد زواله عن ملكه والقاضي خصم عن الغايب واخذ الكفيل
للاحتياط وان لم ياخذ جاز لقيام البينة وقال الولوالجي في فتاواه فان لم يجي للعبد
طالب فالقاضي لا يعجل في بيعه لان القاضي نصب ناظرا وتمام النظر في صيانة العين
عليه وينفق عليه من بيت المال ويرجع بما انفق على مولاه قال **قلت**
ما الفرق بين العبد الابق والعبد الضال اذا طالت المدة فان القاضي يبيع الابق
ولا يواجره ويواجر الضال ولا يبيعه **قلت** اجارة الابق
تعريض له على الاباق وفي الاباق اتلاف وللقاضي ولاية الحفظ لا الاتلاف بخلاف
الضال فانه لا يابق غالبا ففي اجارته حفظ مال الغايب لانه ينفق عليه من غلته
ويصل الى المولى عين ماله **قوله** قال ومن رد الابق على مولاه من مسيرة ثلاثة
ايام فصاعدا فله عليه جعله اربعون درهما وان رده من اقل فله بحسابه اي قال
القدوري في مختصره وهذا الذي ذكره استحسان والقياس انه لا يكون له شي الا بالشرط
كما اذا رد بهيمة او عبدا ضالا ووجه القياس انه متبرع عليه بمنافعه فاذا تبرع عليه
بعين من اعيان ماله لا يرجع عليه فكذا اذا تبرع بمنافعه ولان رد الابق نهي عن
المنكر والنهي عن المنكر فرض فلا يستوجب فاعل الفرض جعلا ووجه الاستحسان
ما روى محمد بن الحسن في اول كتاب جعل الابق عن ابي يوسف عن ابي حنيفة عن
سعيد بن المرزبان عن ابي عمرو الشيباني قال كنت قاعدا عند عبد الله بن مسعود فجا
رجل فقال ان فلانا جاكم بابق من الفيوم فقال القوم لقد اصاب اجرا قال عبد الله
وجعلا ان شا من كل راس اربعين درهما وروى ابو يوسف هذا الحديث عن سعيد
نفسه ايضا كذا ذكر الحاكم في الكافي وجه الاستدلال به ان عبد الله علق الجعل
بمشية الراد ولو لم يكن واجبا لعلقه بمشية المردود عليه كالعوض في الهبة لما لم يكن واجبا
كان مفوضا الى الموهوب له لا الى الواهب وهذا الحديث وان كان موقوفا على عبد الله
كالمروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لوجهين احدهما ان الجعل واجب بخلاف
القياس ولا يجوز العمل بخلاف القياس الا بالنص او بالاجماع فيحمل على السماع من رسول
الله صلى الله عليه وسلم والثاني انه قدر الجعل باربعين درهما ولا اهتدا للعقل
في معرفة المقادير وانما طريقنا السماع والتوقيف فكان قوله كالمروي عن رسول
الله صلى الله عليه وسلم لصيانته عن الجزاف والكذب وفي الحديث دليل على ان رد
الابق مندوب اليه لانهم قالوا لقد اصاب اجرا اي ثوابا في الاخرة ولان حرمة مال
المسلم كحرمة دمه واحيا النفس امر مندوب اليه فكذا احيا المال او نقول ان الصحابة
اجمعت على اصل الوجوب في الجعل وان اختلفوا في كميته قال عمر رضي الله عنه في جعل
الابق دينار او عشرة دراهم وعند ابن مسعود اوجبه اربعين درهما على ما سبق انفا
وعن عمار بن ياسر قال ان رده في المصر فله عشرة وان رده في خارج المصر استحق اربعين
فكل من قال بان الجعل لا يجب فقد خالف الاجماع ثم حملنا الاربعين على مسيرة السفر
وما فوقها وما دون الاربعين على ما دون مسيرة السفر توفيقا بين الاحاديث المتعارضة

... بالأقل والأكثر جميعا والقياس على الضال والبهيمة ليس
بصحيح ... رد الآبق إلا أنا تركنا القياس بالسمع ولا سمع في الضال
والبهيمة فوجب ... الجعل بالقياس فيهما وقال خواهر زاده في مبسوطه عن حماد عن إبراهيم أنه
كان يستحب أن يرضخ للذي يرد الآبق شيئا حتى يرد الناس بعضهم لبعض قال يريد بقوله
يستحب أي يستحسن إيجاب الرضخ لأن الجعل لا يجب قياسا ويجب استحسانا **قوله**
فله عليه جعله أي فللراد على المولى جعل الآبق والجعل ما يجعل للعامل على عمله **قوله**
لأقل من ذلك وفي بعض النسخ من أقل من ذلك أي من موضع أقل من مسيرة ثلاثة أيام **قوله**
وما دونها فبحسابه أي أوجبنا ما دون الأربعين فيما دون السفر **قوله** تلفيقا أي
جمعا بين الروايات المتعارضة **قوله** ولأن الحاجة إلى صيانة الضال دونها إلى
صيانة الآبق يعني أن الحاجة إلى صيانة الضال ظاهر والآبق مختف فلما كان كذلك لم يكن
الضال في معناه فلم يجب الجعل في الضال لأن الحكم إذا ثبت بخلاف القياس لا يثبت ذلك
في غير المنصوص إلا إذا كان في معناه من كل وجه **قوله** ويتعذر الرضخ في الرد
عما دون السفر باصطلاحهما أي يفوض إلى رأي القاضي وقيل يقسم الأربعون على الأيام
الثلاثة إذ هي أقل مدة السفر وهذا الذي ذكره تفسير عما ذكره القدوري بقوله فإن رده
لأقل من ذلك فبحسابه قال في الشامل في قسم المبسوط وإن كان أقل من ذلك رضخ له في رواية
وفي رواية بحسابه ذلك يعني أن الرضخ يتقدر باصطلاح الراد ومالك الآبق أو بتقدير القاضي
على حسب ما يراه وقالوا هذا هو الأشبه بالاعتبار وقال بعض مشايخنا يقسم الأربعون
على الأيام الثلاثة فيجب بإزاء كل يوم ثلاثة عشر درهما وثلث درهم قال في الفتاوى
الولوالجي وإن كان العبد الآبق بين رجلين أثلاثا فالجعل عليهما على قدر الأنصباء لأن
منفعة الرد حصلت لهما أثلاثا فيكون الجعل عليهما أثلاثا وقال فيها أيضا رجل قال
لرجل إن عبدي قد أبق فإن وجدته فخذه قال نعم فأصابه المأمور به على مسيرة ثلاثة
أيام وجاء به إلى مولاه فلا جعل له لأنه استعان وقد وعد له الإعانة يقال رضخ فلان
لفلان من ماله إذا أعطاه قليلا من كثير والاسم الرضيخة يقال أعطاه رضيخة من
ماله ورضاخة كذا ذكره ابن دريد **قوله** قال وإن كانت قيمته أقل من أربعين يقضى له
بقيمته إلا درهما أي قال القدوري في مختصره قال الحاكم الشهيد في الكافي وإن جاء الرجل
بالآبق من مسيرة ثلاثة أيام وهو لا يساوي أربعين درهما فإن له الجعل أقل من
قيمته بدرهم في قول محمد وهو قول أبي يوسف الأول وقال أبو يوسف بعد ذلك
له الجعل تاما وكذا ذكر الخلاف شيخ الإسلام خواهر زاده في مبسوطه وشمس
الأئمة البيهقي في الشامل وكذلك في عامة نسخ الفقه أيضا ولم يذكروا قول أبي حنيفة
وذكر في شرح الطحاوي قوله مع محمد فقال ولو كان العبد يساوي أربعين أو دونها
فإنها تنقص من قيمته درهم واحد عند أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف الأول
ثم رجع وقال يجب الجعل أربعون درهما وإن كانت قيمته درهما واحدا وكذلك ذكر الطحاوي
في مختصره أيضا وجه قول أبي يوسف رحمه الله أن الجعل واجب بخلاف القياس بالأثر ولا فصل
فيه بين ما إذا كان الآبق قليل القيمة أو كثير القيمة فلا ينقص عن تقدير الشرع كصدقة ولهما
أن الجعل إنما وجب للراد نظرا إلى المالك حتى يسلم له ماله بالرد بيانه أن الراد يحتاج إلى مؤنة

في الرد

في الرد وقلما يرغب الإنسان في التزام المؤنة مجانا ...
للراد على الرد فإذا كان المقصود من الجعل النظر للمالك ...
لمن قيمته أقل منه لأنه لا يسلم له شيء من مالية العبد فلا ... يحط من قيمته ... الأربعين درهم وهو
نظر لمولاه في الجملة **قوله** تخفيفا للنائبة في حياة ملك المالك **قوله** وأم الولد
والمدبر في هذا بمنزلة القن إذا كان الرد في حياة المولى وهذه من مسائل الأصل
ذكرها تفريعا لمسألة القدوري وذلك لأنهما مملوكان قبل موت المولى ولهذا كان المولى
أحق بكسبهما فكان ردهما كرد القن فوجب الجعل إلحاقا بالقن بهما بالرد فلو ردهما بعد موت
المولى لا يجب الجعل لأنهما عتقا بموت المولى ولا جعل في رد الحر وهذا في أم الولد ظاهر
وكذلك في المدبر عندهما سواء خرج من الثلث أم لم يخرج لأنه حر مديون عندهما إذا
وجب السعاية عليه وأما عند أبي حنيفة إذا خرج من الثلث فلا جعل فيه لأنه حر
وهذا ظاهر أيضا وإذا لم يخرج من الثلث فلا جعل فيه أيضا لأن المستسعى كالمكاتب
عنده فلا جعل في رد المكاتب لأن المولى لم يستفد ملكا في المكاتب وإنما استفاد بدل
الكتابة فكان بمنزلة ما لو رد غريما له وذلك لا يستحق جعلا فكذلك هذا **قوله**
ولو كان الراد أب المولى أو ابنه وهو في عياله أو أحد الزوجين على الآخر فلا جعل لأن
هؤلاء يتبرعون بالرد عادة فلا يتناولهم إطلاق الكتاب وهذا من مسائل الأصل ذكرها
تفريعا لمسألة القدوري لأنه أراد بإطلاق الكتاب ما ذكره القدوري بقوله ومن رد الآبق
على مولاه من مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا فله عليه جعله أربعون درهما قال في شرح
الطحاوي ولو كان الراد ذا رحم محرم من المردود عليه فإنه ينظر إن وجد الرجل عبد
أبيه فلا جعل له سواء كان في عياله أو لم يكن وكذلك المرأة والزوج وإن وجد الأب عبد
ابنه إن لم يكن في عياله فله الجعل وإن كان في عياله فلا جعل له وكذلك الأخ وسائر ذوي
الأرحام إذا وجد عبد أخيه إن كان في عياله فلا جعل له وإن لم يكن في عياله فله الجعل
إلى هنا لفظه وجملته ما ذكر شيخ الإسلام أبو بكر المعروف بخواهر زاده في مبسوطه
وهو ما إذا رد الآبق واحد من أقرباء المولى إن لم يكن الراد ولدا فإنه ينظر إن لم يكن
في عياله فإنه يستحق الجعل قياسا واستحسانا لأن الراد بائع من وجه وأجير من وجه وفي
ذلك اعتبرنا وجب الجعل لأنه لو باع شيئا من قريبه استحق الثمن ولو عمل له بإجارة
استحق الأجر وإن كان في عياله وجب الجعل قياسا لهذا المعنى وفي الاستحسان لا يجب لأن
الرد حصل على سبيل التبرع عرفا وعادة فإن العرف فيما بين الناس أن من أبق عبده
إنما يطلبه من كان في عياله ويرده تبرعا فلو ثبت التبرع نصا لا يجب الجعل فكذا إذا
ثبت عرفا لأن الثابت عرفا كالثابت نصا بخلاف ما إذا لم يكن في عياله لأن التبرع لم يوجد
لا نصا ولا عرفا فأما إذا كان الراد زوجا ففيه القياس والاستحسان وجه القياس أنه
بائع وأجير ووجه الاستحسان أن الزوج يطلب عبد امرأته الآبق تبرعا والثابت عرفا
كالثابت نصا وأما إذا ردت المرأة عبد زوجها فلا يستحق على الزوج الجعل استحسانا
لثلاثة أوجه أحدها أن المرأة ترد عبد زوجها تبرعا عرفا والثاني أنها في عيال الزوج
والثالث أن رد الآبق من الخدمة والمرأة لا تستحق بدل الخدمة على الزوج فإن كان الراد
ولدا فلا جعل له أصلا أما إذا كان في عيال الأب فلما ذكر في سائر الأقارب

[illegible] بخلاف سابر الاقارب حيث يجب لهم اذا لم يكونوا في
عيال المردود [illegible] [illegible] من كان [illegible] بايع من وجه واجير من وجه فعلى الاول يستحق الابن الجعل
وعلى الثاني [illegible] يستحق الابن الجعل [illegible] ل الخدمة فان استاجر الاب ابنه ليخدمه لم يجب الاجر
فكذا هذا لانه واجب من وجه ولم يجب من وجه لم يجب بالشك وانما كان الجعل بدل الخدمة
لانه بدل على رد الابق ورده بعد من الخدمة عرفا ولان العبد كان معدا للخدمة وقد
فاتت بالاباق فاعادها الراد فيكون الجعل بدل الخدمة من هذا الوجه والابن لا يستحق
على ابيه بدل الخدمة بالشرط فكذا بالشرع بخلاف الاب اذا لم يكن في عيال المولى فانه يستحق
الجعل سوا اعتبرناه بايعا او اجيرا فعلى الاول ظاهر لانه لو باع شيا من ابيه استحق الثمن
وكذا على الثاني فانه لو استاجر اباه ليخدمه كان للاب ان يمتنع ولكن ان خدمه استحق الاجر
فلما استحق بدل الخدمة بالشرط استحقه بالشرع ايضا وكذلك ساير الاقارب اذا لم يكونوا
في عياله فلهم الجعل باعتبار الامرين وهذا حاصل ما ذكره خواهر زاده وقال في الشامل
في قسم المبسوط رد الوصي عبد اليتيم او من كان في حجره لا جعل له لانهم يحفظون مال
اليتيم وانه منها الحفظ قوله وهو في عياله اي الراد في عيال المولى قوله قال وان
ابق من الذي رده لا شي عليه اي قال القدوري في مختصره وقال في بعض نسخ القدوري فلا
شي له مكان فلا شي عليه وصححه الشيخ ابو نصر في شرحه حيث قال وذلك لان الجعل يستحق بالرد
الى المولى ولم يوجد ذلك ولان الراد بمعنى البايع من المولى لان العبد بالاباق زالت عامة
منافعه عن المولى وانما استفاد ذلك بالرد بما يجب عليه ولهذا كان للراد حبسه بالجعل
كالبايع حقيقة بالثمن وكالملتقط اذا انفق على العبد باذن القاضي يكون له الحبس بالنفقة
لانه كالبايع من حيث الاعتبار حيث احيى ملكه بالاتفاق فلما كان الراد كالبايع والبايع اذا
هلك في يده المبيع او ابق سقط الثمن فكذلك هنا يسقط الجعل ومعنى قوله فلا شي عليه اي لا ضمان
عليه لكن انما لا يجب الضمان عليه اذا اشهد كما في اللقطة الا ترى الى ما قال الحاكم الشهيد رحمه
الله في الكافي وان مات عنده قبل ان يرده او ابق منه فان كان اشهد حين اخذه انه انما اخذه
ليرده على صاحبه فلا ضمان عليه وان كان حين اخذه لم يشهد على ذلك فهو ضامن لقيمته في
قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا ضمان عليه اشهد او لم يشهد اذا علم انه كان ابقا وان
لم يكن عليه الضمان بالاشهاد لانه امانة في يده وهو ماذون في الاخذ شرعا قوله لما قلنا
اشارة الى قوله لانه امانة في يده قوله ولو اعتقه المولى كما لقيه صار قابضا بالاعتاق وهذه
من مسايل الاصل تفريعا لمسلة القدوري ومبناها ان الراد بمنزلة البايع والمردود عليه
بمنزلة المشتري ومن اشترى عبدا فاعتقه قبل القبض نفذ عتقه وصار قابضا وتاكد عليه
الجعل بخلاف ما لو رده مدبرا فابق من المولى قبل القبض فعتق حيث لا يجب الجعل لانه لم يوجد
بعد الرد من المردود عليه صنع يصير به قابضا وقد هلك ماليته قبل التسليم فلا يستحق
جعل ولو دبره المولى حين رفع نظره اليه لا يكون قابضا بخلاف الاعتاق والفرق ان الاعتاق
اتلاف للمالية فيصير المشتري به قابضا والتدبير ليس باتلاف المالية فلم يكن به قابضا
قبل الوصول اليه قال في خلاصة الفتاوى الاعتاق قبض بخلاف التدبير قوله
وكذا اذا باعه من الراد ذكر هذا تفريعا لمسلة القدوري اعلم ان بيع الابق من غير الراد
لا يجوز لانه غرر والنبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر اما اذا باعه من الراد جاز لكك

ووجب الجعل وبه صرح خواهر زاده في مبسوطه
الثمن وسلامة البدل كسلامة المبدل فيجب الجعل قو[له]
لكنه بيع من وجه فلا يدخل تحت الوارد عن بيع ما لم يقبض وهذا جواب [illegible] البيع
يرد على قوله لانه في معنى البيع من المالك بان يقال لما كان الراد في معنى البايع [illegible] [illegible]
في معنى المشتري فعلى هذا ينبغي ان لا يجوز بيعه من الراد قبل القبض لورود النهي عن
بيع المشتري قبل القبض فقال في جوابه نعم انه في معنى البايع والرد حكم البيع لكن ليس
ببيع من كل وجه بل من وجه من حيث اعادة ملك التصرف اليه وهذا لان ملك الرقبة ليس
بزايل عن المولى فلما كان كذلك جاز بيع المالك من الراد قبل القبض لانه لم يكن بيعا ولهذا النهي الوارد
في بيع ما لم يقبض لان النهي ورد مطلقا والمطلق يتناول الكامل فجاز البيع لعدم دخوله
تحت النهي وامتناع جواز البيع قبل القبض ليس من خصايص البيع لا محالة فان بيع العقار قبل القبض
على قول ابي حنيفة وابي يوسف جايز وانما قيد بقوله وكذا اذا باعه احترازا عن الهبة لان
الهبة من الراد لا يوجب الجعل اذا كانت قبل القبض لانه لا يتم الرد الى المولى قبل القبض بخلاف
البيع قبل القبض فان وصول بدله كوصول عينه قال في خلاصة الفتاوى لو وهب المولى الابق
من الراد ان قبضه ثم وهبه وجب الجعل وان وهبه منه قبل القبض لا يجب الجعل قوله
وينبغي اذا اخذه ان يشهد انه ياخذه ليرده اي قال القدوري في مختصره قال صاحب الهداية ره
فالاشهاد حتم فيه عليه اي وجب في اخذ الابق على الراد وفايدته انه لا يجب الجعل عند ابي حنيفة
ومحمد اذا لم يوجد الاشهاد عند الاخذ لان الظاهر انه اخذه لنفسه فصار كالمشتري من الاخذ
اذا رده على مولاه لا جعل لانه اخذه لنفسه الا اذا اشهد حين اشتراه انه انما اشتراه ليرده
على صاحبه لانه لا يقدر عليه الا بالشرا فله الجعل لان هذا الشرا لا يفيد ملكا وكان كالاخذ بدون
الشرا فلو اخذ بدون الشرا ولم يشهد لا يستحق الجعل وان اشهد استحق فكذا هذا وكذا اذا
وهبه الاخذ لرجل فرده الموهوب له على مولاه او ورثه من الاخذ واحد فرده الوارث على
مولاه او اوصى الاخذ بالابق لواحد فرده الموصى له على مولاه ففي هذه الصور كلها لا جعل
للراد لانه لم ياخذه ليرده بل اخذه لنفسه وهذا معنى قوله فصار كما اذا اشتراه من الاخذ
او اتهبه او ورثه ومسلة الوصية ذكرها الحاكم في الكافي وقال الحاكم فيه وان شهد شاهدان
انه قال حين اخذه هذا ابق قد اخذته فمن وجد له طالبا فليدله عليه فلا ضمان عليه واذا انكر
المولى ان يكون عبده ابقا فالقول قوله الا ان يشهد الشهود انه ابق من مولاه وان مولاه ره
اقر به فيجب الجعل قوله وان كان الابق رهنا فالجعل على المرتهن وهذا لفظ القدوري في
مختصره وذلك لان الاباق كالهلاك بمعنى سقط الدين به فاذا عاد من الاباق ارتفع الهلاك
فعاد الدين فعاد الرهن كما لو كان الرهن شاة فماتت فدبغ جلدها فان الدين يعود فكذا هنا ثم
الجعل يجب على المرتهن لا على الراهن لان الفايدة له من حيث تعيينه في الرهن الا ترى انه مضمون
عليه بالدين فصار كانه مملوك له فوجب الجعل عليه كما يلزمه النفقة على حفظه ثم تفاوت
بين ان يكون الرد حال حياة الراهن او بعده لان الرهن لا يبطل بموت الراهن فكان الرد
بعد موته وقبله سوا وانما يكون الجعل على المرتهن اذا كانت قيمة الابق مثل الدين او اقل اما
اذا كانت اكثر فحصة الدين على المرتهن وحصة الفاضل على الراهن لان حق المرتهن بالقدر
المضمون لا غير فيجب عليه الجعل بقدره كثمن الدوا حيث يجب ذلك على المرتهن بقدر دينه

[illegible] ك عن الجناية بالفدا يجب على المرتهن بقدر دينه
وحصة [illegible] ان كان [illegible] الجعل قال خواهر زاده في مبسوطه الذي جانبه ان
بمسك [illegible] بعلمه [illegible] الجعل لانه استحقه عليه فلو استحقه على الراهن كان له حق
[illegible] اهدا او ذلك لانه مستحق شرعا كالثمن كذا في الشامل **قوله** وان كان مديونا
الحبس [illegible] فعلى المولى ان اختار قضا الدين اي الجعل على المولى وهذه من مسئلة الاصل ذكرها تفريعا
لمسئلة القدوري يعني اذا كان العبد ماذونا في التجارة مديونا وقد رده انسان من مسيرة السفر
ان اراد المولى استيفا العبد على ملكه فالجعل عليه وان اراد بيعه بالدين فالجعل على الغرما يباع له
العبد فيستوفي منه الجعل والباقي للغرما لان الجعل مونة من مونة الملك وملك المولى في العبد
بعد لحوق الدين صار كالموقوف بين ان يستقر على المولى حتى اختار قضا الدين وبين ان يصير له
للغرما حتى اختار البيع ولما توقف الملك في العبد توقف مونة الملك وهو الجعل كذا قال خواهرزاده
في مبسوطه **قوله** وان كان جانيا الى اخره اي ان كان الابق جانيا ذكر هذه المسئلة تفريعا
لمسئلة القدوري وهي من مسايل الاصل اعلم ان العبد اذا جنى جناية خطا فقيل لمولاه ادفعه
او افده فلم يعلم شيا حتى ابق فرده من مسيرة السفر فجعله على المولى ان اختار الفدا لان منفعته له
المردود له فكان الجعل عليه وان اختار الدفع فعلى اوليا الجناية لان منفعة الرد حصلت لهم فكان
الجعل عليهم وذلك لان حقهم ساقطا بالاباق لانهم كانوا لا يستحقون على المولى شيا فلما رد عاد حقهم
فحصلت منفعة الرد لهم فكانوا كالمرتهن حيث كان حقه ساقطا بالاباق فعاد بالرد فكذا هذا
فان قيل ينبغي ان لا يجب الجعل على المولى اذا اختار الفدا لانه
سلم له بعوض كالراهن لا يجب وان سلم له العبد بقضا الدين لانه سلم بعوض قلنا
لا نسلم ان العبد سلم للمولى في مسئلتنا بعوض الا ترى ان الواجب عليه كان احد الشيين اما الدفع
او الفدا كان هو الواجب من الاصل فلما كان واجبا من الاصل لم يكن بدلا عن العبد فيكون العبد
سالما له من غير عوض بخلاف الراهن فان العبد سلم له بعوض لانه كان مضمونا بالدين والدين
كالعوض عنه وفرق محمد رحمه الله بين ما اذا رجع الواهب في الهبة بعد ما رد العبد من اباقه
وسلم اي الموهوب له فالجعل على الموهوب له فقد اوجب الجعل على من له الملك وقت الرد لا
على من صار له بعد الرد وفي مسئلة الجناية لم يكن الملك لاوليا الجناية وقت الرد بل حدث لهم
الملك بعد الرد وجه الفرق ان منفعة الرد حصلت لاوليا الجناية بمجرد الرد لانهم يستحقون عين
العبد او بدله حينيذ على وجه لا يملك المولى الابطال اصلا بتصرف يحدثه فاذا حصل لهم
منفعة الرد بنفس الرد وهي اما الفدا واما الدفع وجب عليهم الجعل كما في المرتهن بخلاف منفعة
الرد في الهبة حتى رجع الواهب فان المنفعة ليست بمضافة الى مجرد الرد الا ترى ان الموهوب
له لو تصرف في العبد تصرفا يزيل الملك كالهبة والبيع ما كان يتهيا للواهب الرجوع فاذا كان
كذلك كان منفعة الواهب مضافة الى ترك الموهوب له التصرف لا الى رد الراد فلم يجب الجعل
على الواهب فصار كان الموهوب له وهب العبد لاخر ثم يجب الجعل على الموهوب له الثاني فكذا
لا يجب على الواهب الراجع لانه كالموهوب له الثاني ولين قال قايل منفعة الرد حصلت
للواهب بالرد وبترك التصرف جميعا فيجب عليه الجعل قلنا لا نسلم ولين سلمنا لكن نقول اذا
كانت منفعة الرد بهما جميعا لا يكون المنفعة بالرد وحده لان جزا العلة ليس بعلة فاذا كانت
مضافة اليه يلزم ان يكون الحكم مضافا الى ما ليس بعلة لان العلة هي المجموع لا البعض ثم رده

داد

داد قال خواهرزاده في مبسوطه قالوا لا يجب [illegible]
على المولى اما المولى فلا يحصل له منفعة بالرد متى قتل العبد [illegible] و في
القصاص فالمنفعة للمولى تضاف الى عفوه لا الى [illegible] الراد ولا يجب على [illegible] الجنا
لانه ان عفى لم يسلم له شي وان قتل ولم يعف فانما سلم له الدم لا المالية والدم ليس بمال
والجعل انما يجب باعتبار رد المالية حتى لم يجب برد الحر **قوله** لعودها اليهم اي لعود
المنفعة الى اوليا الجناية **قوله** وان كان موهوبا اي ان كان العبد الابق موهوبا
وذكر هذه المسئلة تفريعا لمسئلة القدوري وقد مر بيانها قبيل هذا على الاستقصا **قوله**
وان كان لصبي فالجعل في ماله لانه مونة ملكه وهذه من مسايل الفتاوي ذكرها تفريعا له
لمسئلة القدوري قال الولوالجي في فتاواه اذا كان الابق لصبي فالجعل في ماله لان
الراد بايع او اجير واي ذلك اعتبر يجب في مال الصغير ومعنى الجعل الرد بيعا من وجه
من حيث ان ذلك التصرف كان تاما بلا قضا دالبه ثابتا من جهة الراد بدل استوجب عليه ومعنى
جعله اجارة من وجه من حيث انه يستحق الجعل بمنافع بدنه قال خواهرزاده في مبسوطه
عبد ليتيم ابق فرده الوصي لا جعل له لانه من جملة الحفظ وحفظ مال اليتيم يستحق عليه
لا يستحق الاجر عليه بالشرط فكذا بالشرع قال وكذلك اليتيم في حجر رجل يعوله فابق عبده له
فاخذه الرجل قال ليس له جعل لان الرد حصل على سبيل التبرع لان عايل اليتيم يطلب به
متبرعا عرفا والثابت عرفا كالثابت نصا هذا حاصل ما ذكره وختم الكتاب بمسئلة ذكرها
الحاكم الشهيد في الكافي اذا ابقت الامة ولها صبي رضيع فردهما رجل كان له جعل واحد
فان كان ابنها غلاما قد قارب الحلم فله جعل ثمانون درهما وعلل في الشامل وقال لان
من لم يراهق لم يعتبر ابقا والله اعلم

كتاب المفقود

المفقود هو الذي غاب ولم يعرف انه حي ام ميت بانقطاع خبره **قوله** اذا غاب الرجل ولم يعرف
له موضع ولا يعلم احي هو ام ميت نصب القاضي من يحفظ ماله ويقوم عليه ويستوفي حقه
وهذا لفظ القدوري في مختصره والاصل هنا ان القاضي نصب ناظرا في امر كل عاجز
والمفقود عاجز عن حفظ ماله الذي تركه في وطنه فينصب وكيلا يحفظ ماله ويستوفي
حقه نظرا له كما انه عاجز عن القيام بذلك امثله الصبي والمجنون قال الحاكم الشهيد في
الكافي وان طلب ولده وزوجته من القاضي ان ينصب وكيلا في خصومته وجمع غلات
المفقود وغير ذلك من اموره فعله القاضي وكان للوكيل ان يتقاضا ويقبض ويخاصم
من يجحد حقا من عقد يجري بينه وبين هذا الوكيل فاما كل دين كان المفقود تولاه او نصب
كان له في عقار او عرض في يدي رجل او حق من الحقوق فان الوكيل لا يخاصم فيه من جحده
الا ان يكون القاضي قد ولاه ذلك وراه وانفذ الخصومة بينهم فيه فيجوز حينيذ لانه مما
اختلف فيه القضاة الى هنا لفظ الحاكم رحمه الله قال في خلاصة الفتاوي ذكر الامام السرخسي
هذا بنا على ان القاضي هل يقضي على الغايب وهل ينصب وكيلا على الغايب وعن الغايب عندنا
لا وهي معروفة اما لو فعل وقضى على الغايب نفذ بالاجماع هكذا ذكر في الزيادات في اخر
ابواب الدعوى انه ينفذ فان قيل المجتهد نفس القضا فينبغي ان يتوقف على امضا قاض
اخر قلنا لا بل المجتهد سبب القضا وهو ان البينة هل تكون حجة من غير خصم حاضر للقاضي ام
لا فاذا راها القاضي حجة وقضى بها نفذ كما لو قضى بشهادة المحدود في القذف ثم قال

[illegible] نقل الاسنروشني في فصوله على فتاوى ظهير الدين
[illegible] ان كا [illegible] امضا قاض اخر كما لو كان القاضي محدودا في القذف
ان نفذ [illegible] قوله [illegible] المفقود لهلك الصفقة اي عاجز عن النظر لنفسه قوله وصار كالصبي اي
قو [illegible] صار المفقود كالصبي قوله لماله اي لمال المفقود قوله والقايم عليه اي على مال المفقود
قوله بعقده اي بعقد القايم الذي نصبه القاضي في حقوقه اي في حقوق العقد قوله
ولا يخاصم في الذي تولاه المفقود وفايدته انه لا يقبل البينة عليه لانه ليس من النظر للمفقود
وانه قضا على الغايب قوله لانه اي لان القايم عنه اي عن المفقود وارادتنصيب المفقود
في عقار ان يكون العقار بينه وبين غيره مشتركا قوله وانما الخلاف في الوكيل بالقبض من
جهة المالك في الدين يعني ان الوكيل بقبض الدين من جهة المالك في الدين يملك الخصومة
عند ابي حنيفة خلافا لصاحبيه قوله واذا كان كذلك يتضمن الحكم به قضا على الغايب
اي لما كان الوكيل بالقبض من جهة القاضي لا يملك الخصومة يتضمن حكم القاضي بتنفذ ذلك قضا
على الغايب وذلك لا يجوز الا اذا راى ذلك القاضي مصلحة فحكم بانفاد الخصومة جاز لوقوعه
في محل مجتهد فيه قال الولوالجي في فتاواه ولو ادعى انسان على المفقود ان عنده حقا من دين
او وديعة او شركة في عقار او رقيق او رد بعيب او مطالبة باستحقاق لم يلتفت الى الدعوى
لان الدعوى انما تسمع على الخصم والورثة وانما يصيرون خصما بعد موت المورث ولم يظهر
موته فان راى القاضي سماع البينة وحكم بذلك نفذ حكمه لكونه مجتهدا فيه وهذا
لفظه رحمه الله قوله ثم ما كان يخاف عليه الفساد يبيعه القاضي وهذه من مسايل المبسوط
ذكرها تفريعا لمسئلة القدوري وقيد في شرح الطحاوي بالثمار ونحوها والاصل فيه ان
القاضي له ولاية الحفظ في مال الغايب نظرا له لانه عاجز عن الحفظ بنفسه ثم اذا لم
يبع ما يتسارع اليه الفساد يكون تاركا للحفظ صورة ومعنى فاذا باع كان تاركا للحفظ
صورة لا معنى لان المالية باقية بحفظ الثمن والحفظ من وجه اولى من ترك الحفظ من
كل وجه ولا يبيع ما لا يتسارع اليه الفساد في نفقة ولا غيرها منقولا كان او عقارا او به
صرح خواهر زاده في مبسوطه وذلك لان القاضي له ولاية الحفظ في مال الغايب لا غيره
فاذا امكن له الحفظ صورة ومعنى لم يجز ترك الحفظ صورة ومعنى لم يجز ترك الحفظ صورة
بالتغيير اي معنى ثم اذا باع ما يتسارع اليه الفساد ينفق منه على زوجته وولده نص عليه الحاكم
في الكافي وذلك لانه اعانة على استيفا صاحب الحق حقه وليس بقضا على الغايب ونذكره
بعد هذا ان شا الله تعالى اما الاقارب اذا ارادوا ان يبيعوا مال الغايب لحاجتهم الى النفقة
ففي العقار لا يجوز بالاتفاق وفي المنقول اذا لم يكن من جنس حقهم نحو الخادم وغيره ذلك
لا يجوز لغير الاب بالاتفاق وفي الاب اختلاف قال ابو حنيفة يجوز له ان يبيع منقول ابنه
الكبير اذا كان غايبا لحاجة النفقة خلافا لصاحبيه واذا كان حاضرا لا يجوز للاب بيع منقوله
بالاتفاق وجه قولهما ان بلوغ الابن عن عقد قاطع لولاية الاب فلا يجوز بيع المنقول كالعقار
ووجه قول ابي حنيفة رحمه الله ان الاب له فضل مزية على ساير الاقارب ولهذا يستحق النفقة
بمجرد الحاجة وغيره من الاقارب يستحقونها بالحاجة والعجز عن التكسب فاذا كان له فضل
مزية جاز له بيع المنقول دفعا لحاجته لان المنقول وان كان مما لا يتسارع اليه الفساد
يخاف عليه الهلاك بخلاف العقار فانه لا يخاف عليه الهلاك بدل على فضل مزية الاب

نتك

نتك جارية الابن لحاجة الاستيلاد ولم يثبت ذلك [illegible]
يجوز لها بيع منقول الابن لحاجة النفقة لانها تستحق [illegible]
ايضا لانها خلقت في الاصل عاجزة عن الكسب لضعف بنيتها ولهذا تبقى [illegible] بكسب البنت
بعد البلوغ والحقت بالصغيرة العاجزة ثم قال في الكتاب قال ابو يوسف [illegible] باطل
بيعه في ذلك كله ولا اجيز الا بقضا قاض فاذا قضى القاضي بجوازه فقد قضى في
فصل مجتهد فيه فينفذ قضاؤه عندهم كذا ذكر خواهر زاده في مبسوطه قوله
قال وينفق على زوجته واولاده من ماله اي قال القدوري في مختصره وجملته ما قال
الحاكم الشهيد في الكافي ومن كان من ورثة المفقود غنيا فلا نفقة له في ماله ما خلا
الزوجة وان كانت له غلة جعل القاضي فيها من يحتفظ بها ويقبضها وما كان يخاف
عليه الفساد من متاعه فان القاضي يبيعه وينفق على زوجته وولده منه ولا يبيع ما لا
يخاف عليه الفساد في نفقة في غيرها فان لم يكن له مال الا الدار واحتاج ولده وزوجته
الى النفقة لم يبع لهم الدار وكذلك لو كان له خادم فان كان له دراهم او دنانير او تبر
انفق منه عليهم وكذلك الوديعة تكون له عند رجل فانه ينفق عليهم منها وكذلك الدين
يكون له على الرجل وهو مقر به استحسانا وان اعطاهم الرجل منه شيئا بغير امر القاضي لم
يبرا وكذلك اذا اعطاهم من الوديعة ضمنه فان كان الذي عليه الدين جاحدا للدين
لم يكن احد من الزوجة والولد والابوين خصما في تثبيته عليه الى هنا لفظ الحاكم رحمه
الله والاصل هنا ان كل من يستحق النفقة في مال المفقود حال حضرته من غير قضا
قاض كالابوين والاولاد الصغار ذكورا كانوا او اناثا والاولاد الكبار من النساء
والزمنى من الذكور الكبار فالقاضي ينفق عليهم من مال المفقود اصله قوله عليه السلام
لهند امراة ابي سفيان خذي من مال ابي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف فان كان لهم
اخذها بلا قضا كان للقاضي اعانة على ذلك ولا يكون ذلك قضا على الغايب وهذا لان
للقاضي ان يعين صاحب الحق على استيفا حقه حال غيبته كما لو علم بوجوب الدين فانه يعطيه
الدين من مال الغايب والابوان عند له الاولاد لشمول معنى الولاد وكل من لا يستحق النفقة
حال الحضرة بغير قضا فالقاضي لا ينفق عليه من مال المفقود كالاخ والاخت والخال
والخالة لانه حين لم يستحق حال الحضرة كان انفاق القاضي حال الغيبة قضا على الغايب
بالايجاب المبتدا وذلك لا يجوز لا اعانة على استيفا حق وجب على الغايب والفرق بين قرابة
الولاد وغيرهم من ساير المحارم حيث استحق الاولون النفقة بلا قضا ولم يستحق الاخرون
بلا قضا ان حق قرابة الولاد في النفقة اكد من حق غيرهم لانهم يستحقون النفقة بالقرابة
المحرمة للنكاح وبالولاد وغيرهم بالقرابة المحرمة لا بالولاد فلما ظهر لهم فضل مزية
ثبت استحقاق النفقة بلا قضا بخلاف قرابة الاخوة والاخوات وساير المحارم واما الزوجة
فحقها في النفقة اكد ايضا من قرابة غير الولاد ولهذا تستحق النفقة وان كانت
غنية والتحقيق هنا ان يقال ان نفقة الزوجة عوض من وجه من حيث انها لا تستحق
النفقة الا لعمل يوجد منها وهو احتباس ينتفع به الزوج فكانت النفقة عوضا من هذا
الوجه وصلة من وجه من حيث انها في الاحتباس عاملة لنفسها حيث توفي ما استحق الزوج
عليها بعقد النكاح والانسان في ايفا ما عليه عامل لنفسه فمن هذا الوجه كانت صلة

[illegible] ان الدين صلة من كل وجه قال خواهر زاده في
مبسوطه [illegible] بن كان [illegible] عند الحسن لجواز انهم اخذوا نفقة هذه المدة من المفقود
مدة [illegible] انهم كفلاء حتى اذا احضر المفقود واثبت انه دفع اليهم نفقة هذه المدة مدة
ولم [illegible] عليهم اخذ من الكفيل وان شاء ضمنهم قالوا والتضمين لا يفيد لانه لا ذم عليهم بلا
شرط لانهم حين كانوا اخذوه ما مر كان الثاني مضمونا عليهم ولكن قالوا فيه نوع فائدة وهو
انهم ربما لا يعلمون وجوب الضمان عليهم فيشترط ذلك حتى يعلموا فيمتنعوا من الاخذ مرة
اخرى هذا حاصل ما قاله وان كانت الورثة كبارا ليسوا زمانة ولا امراة او كانوا الخوة
من الرضاع او بني عم لم ينفق عليهم من ماله لانهم لا يستحقون النفقة حال حضرة المفقود
فكذلك حال غيبته والصغار من الذكور والابوان انما ينفق عليهم القاضي اذا كانوا محتاجين
كما لو كان المفقود حاضرا بخلاف الزوجة حيث ينفق عليها وان كانت غنية وهذا الذي
ذكرناه من حكم الانفاق فيما اذا كان مال المفقود دراهم او دنانير اما العروض فلا يبيع
من ذلك الا ما يخشى عليه الفساد لان للقاضي ولاية في حفظ مال الغائب فجاز بيعه له
لاجل الحفظ فاذا باع والثمن من جنس حقهم كان له ان ينفق عليهم منه وذلك لان
حقهم الملبوس والمطعوم فاذا لم يكن في ماله ملبوس ولا مطعوم يحتاج الى القضاء بالقيمة
والقيمة دراهم او دنانير وكانت من جنس حقهم وكذا التبر لانه مما يصلح قيمة كالدراهم
والدنانير فلهم اخذ جنس حقهم وللقاضي اعانة في ذلك وبالهوى فقد وقع القضا وهذا
الذي ذكرنا من انفاق القاضي فان كانت الدراهم والدنانير اذا كانت في القاضي بان كانت
الدراهم والدنانير بوديعة عند رجل مقر بها او دينا عند رجل مقر به فللقاضي ان
ينفق منها اذا كان النكاح والنسب ظاهرا عند القاضي واذا لم يكن ظاهرا عنده فلابد
من اقرار ذي اليد من النكاح والنسب وهذا هو الاستحسان وفي القياس لا ينفق عليهم
من الوديعة والدين خاصة بل في جميع اموال المفقود ما كان في يد الحاكم او في بيته
القياس ان لا ينفق عليهم من ذلك ولكنه في الاستحسان ينفق عليهم الى هنا لفظه وجه
القياس ان هذا قضاء على الغائب فلا يجوز ولهذا لا ينفق على اجنبيه واخته من مال المفقود
وذلك لان النفقة صلة لا عوض والصلة لا تملك قبل القبض فقبل القبض قدر
النفقة باق على ملك المفقود فاذا اعطاهم النفقة من ماله كان ذلك قضاء بازالة ملكه
وليس حد القضا الا ازالة ما لم يكن زائلا او اثبات ما لم يكن ثابتا فكان قضاء على الغائب ولان
المودع مامور بالحفظ لا الدفع وحق المراة يصل اليها الا بالامر لا بالاستدانة لانها امر
مشروع كما لو لم يكن وديعة فلا ضرورة في الانفاق من الوديعة وجه الاستحسان
ما روي في حديث هند امراة ابي سفيان انها جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم
فقالت ان ابا سفيان رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني وولدي فقال النبي صلى الله عليه وسلم
خذي من مال ابي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف فثبت بهذا جواز الانفاق من مال
الغائب للزوجة والولد لان ابا سفيان كان غائبا ولان الوديعة والدين مال المفقود
وهو من جنس حقهم فكان للقاضي ان ينفق عليهم من ذلك فلا ينفق من ماله الذي في يد
القاضي او في بيته ثم الحكم انما ثبت نصا بخلاف القياس لا يقاس عليه غيره فلا يجوز
الانفاق من مال الغائب على الاخوة والاخوات بخلاف الابوين لانهما في معنى الاولاد

بشمود

بشمول معنى الولد او نقول ثبت جواز الانفاق على ا[illegible]
في النفقة اكد من حق الولد فان الولد لا يستحق النفقة [illegible]
الكسب والاب يستحق بمجرد الحاجة وان كان قادرا على الكسب قال خواهر[illegible] عن [illegible] مبسوطه
ولم يذكر في الكتاب يعني في المبسوط انه اذا كان للمفقود دين او وديعة ينفق [illegible] من
الوديعة او من الدين ثم قال وذكر في الكبير ينفق من الوديعة اولا لان القاضي نصب
ناظرا والنظر للغائب في الانفاق من الوديعة اولا لا من الدين لانه متى انفق من الدين اولا ربما
تهلك الوديعة في يد المودع في مدة الانفاق فاذا حضر الغائب لا يصل اليه لا الدين ولا
الوديعة ومتى انفق من الوديعة ان جاء المفقود امكنه قبض الدين لانه مما لا يرد عليه
التوى والتلف فان اعطى من عليه الدين بغير امر القاضي كان الدين على حاله ولا يبرا من
ذلك لانه لم يدفع الدين الى صاحب الدين ولا الى نائبه فصار كما لو دفع الى غريم اخر للمفقود
او الى اجنبي اخر بخلاف ما اذا دفع بامر القاضي لان للقاضي ان يقبض دين الغائب لما فيه من
الحفظ فاذا كان له ان يقبض كان له ان يامر غيره بالقبض فكان قبض هؤلاء بامر القاضي كقبض
القاضي فبرئ المديون عن الدين لانه نائب عن الغائب فان قلت
القاضي نائب عن الغائب في القبض للحفظ ولا حفظ في القبض للانفاق على هؤلاء فينبغي ان
لا يكون نائبا قلت القاضي نائب عن الغائب في ايفاء ما عليه
من الحقوق كما هو نائب عنه في الحفظ ولهذا جاز له ان يوفي ما عليه من الدين اذا علم بوجوبه
بخلاف المودع فانه نائب في الحفظ لا في الايفاء وكذا اذا اعطى المودع بغير امر القاضي كان ضامنا لما
انه لم يحصل الدفع الى المالك او الى نائبه فصار كدفعه الى اجنبي فان قلت
ينبغي ان لا يضمن المودع لانه اذا دفع الوديعة الى من في عيال المودع لا يضمن قلت
انما لا يضمن بالدفع الى من في عياله اذا دفعها للحفظ فاذا دفعها اليه للانفاق على نفسه
ضمن وهنا دفع للانفاق فضمن اما اذا كان المودع جاحدا للوديعة او من عليه الدين جاحدا
للدين او جحد الزوجية ونسب الولد او الوالدين فاراد امراة المفقود او ولده او المراة
اقامة البينة لاثبات الوديعة او الدين او الزوجية او النسب لم يلتفت الى ذلك لان الخصومة
انما تسمع من المالك او نائب المالك ولم يوجد لا هذا ولا ذاك فلا تسمع الخصومة لعدم
وجود المالك قطعا وكذا عدم النائب لان النائب لم يوكله حقيقة ولا يكون وكيلا حكما
ايضا لان ما يدعي على الغائب ليس بسبب لما يدعي على الحاضر بثبوت الحق فيه وهو النفقة لا
محالة لان النفقة كما يجب له في هذا المال تجب في مال اخر للمفقود فلم يكن خصما عن المفقود
حكما وكشف هذا سوف يجيء في كتاب ادب القاضي في القضاء على الغائب لا يجوز الا اذا
حضر من يقوم مقامه بانابته او بانابة الشرع او بكونه نائبا حكما وقال الولوالجي
في فتاواه في فصل النفقات من كتاب النكاح فان جحد المال للغائب او النكاح او كلاهما لم
يقبل من المراة بينة عليهما اما على المال فلانها تثبت الملك للغائب وهي ليست بخصم في اثبات
الملك للغائب واما على النكاح فلانها تثبت النكاح على الغائب والمودع او المديون ليس بخصم
في اثبات النكاح على الغائب وهذا قول ابي حنيفة الاخر وهو قول محمد وكان ابو حنيفة وابو
يوسف يقولان اولا تقبل منها بينة على النكاح لكن على قول ابي حنيفة الاول يقضي بالنكاح
وعلى قول ابي يوسف الاول لا يقضي **قوله** ثم الاول اي ثم يستحق النفقة الا بالقضا

ذوري في قوله وينفق على زوجته واولاده من ماله

قوله لان حقهم اي قرابة الولاد والزوجة قوله

ماله اذا لم يكن المطعوم او الملبوس في مال المفقود قوله بالقيمة اي بقيمة

والملبوس قوله وهي النقدان اي قيمة الدراهم والدنانير قوله والتبر بمنزلتهما

اي ما كان من الفضة والذهب غير مصوغ بمنزلة النقدين في هذا الحكم اي في القضا

بالقيمة قوله وهذا اذا كانت في يد القاضي اي الانفاق من مال المفقود على الزوجة

وقرابة الولاد اذا كانت الدراهم والدنانير في يد القاضي فان كانت وديعة او دينا فتفصيل

ذلك مر آنفا قوله اذا لم يكونا ظاهرين اي الانفاق على الزوجة وقرابة الولاد باقرار

المودع والمديون بالوديعة والدين والنكاح والنسب اذا لم يكن هذه الاشيا الاربعة ظاهرة

عند القاضي فان كانت ظاهرة عنده فلا حاجة الى الاقرار وانما ثنى الفعل في قوله لم يكونا لانه

جعل الوديعة والدين شيا واحدا والنكاح والنسب شيا واحدا لان مدعي النفقة هنا

المراة وقرابة الولاد في المال الذي هو وديعة او دين فباعتبار المال جعل الوديعة والدين

شيا واحدا وباعتبار المدعي جعل النكاح والنسب شيا واحدا يدل على هذا التاويل ما ذكره

بقوله فان كان احدهما ظاهر الوديعة والدين او النكاح والنسب قوله يشترط الاقرار

بما ليس بظاهر وهذا مثل ان لم يكن الزوجية او النسب ظاهرة عند القاضي يشترط اقرار

المودع او المديون بان يقول هذه زوجة فلان المفقود او يقول هذا ابن فلان

المفقود وكذا اذا لم يكن الدين او الوديعة ظاهرا عند القاضي يقول من في يده المال هذه

وديعة فلان المفقود او دين فلان المفقود قوله هذا هو الصحيح اي الانفاق من الوديعة

والدين على الزوجة وقرابة الولاد هو الصحيح وهو وجه الاستحسان واحترز بقوله هو

الصحيح عن وجه القياس وهو قول زفر رحمه الله والوجهان قد بيناهما آنفا قوله

نايبا عنه اي عن المفقود قوله وان كان المودع والمديون جاحدين اصلا اراد بهما

جحودهما للزوجية والنسب وكون المال الذي في يدهما للمفقود وبيانه مر آنفا قوله

قال ولا يفرق بينه وبين امراته هذا لفظ القدوري في مختصره وقال مالك انها تتربص

اربع سنين فاذا تربصت اربع سنين ولم يعلم حال الزوج انه حي او ميت يرفع الامر الى

القاضي فيفرق القاضي بينهما ثم تعتد من زوجها فاذا انقضت عدتها تزوجت بزوج آخر

ان شاءت فان جاء زوجها الاول فهو بالخيار ان شاء تركها على الثاني واخذ منه المهر وان

شاء فسخ نكاح الثاني وتزوجها كذا نقل خواهر زاده في مبسوطه مذهب مالك له ما

روي عن عبد الرحمن ابن ابي ليلى انه قال انا لقيت المفقود نفسه فحدثني بحديثه قال

اكلت خزيرا في اهلي ثم خرجت فاخذني نفر من الجن فكنت فيهم ثم بدا لهم في عتقي فاعتقوني

ثم اتوا بي قريبا من المدينة ثم قالوا اتعرف النخيل قلت نعم فخلوا عني فجئت فاذا عمر بن

الخطاب رضي الله عنه قد ابان امراتي بعد اربع سنين وحاضت فانقضت عدتها

وتزوجت فخيرني عمر رضي الله عنه بين ان يردها علي وبين المهر فاحتج مالك بهذا وقال

هذا لا يعرف قياسا فيحمل على انه كالمروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بخلاف ما روي

عن علي فانه قياسي فلم يكن كالمروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فكان الاخذ بما روي

عن عمر اولى ولان امراة المفقود تشبه امراة المولى من ان حقها في الجماع فات بمنعه في

السفر

السفر كفوات حق امراة المولى في الجماع بصنعه

ان حقها فات في الجماع من جهة الزوج بسببه

العنين فان حقها في الجماع بعنة الزوج وهو فيها معذ ... صل

الى حقها في الجماع اربع سنين اعتبارا بالشهرين فعددناها بالاربع اعتبارا ... الجماع

بشبهة الايلا وجعلنا الاربع من السنين اعتبارا بشبهة العنة ثم لم تؤخر ... بعد

اربع سنين الا بتفريق القاضي لان الفرقة في الايلا عنده لا يقع الا بتفريق القاضي كما في العنة ولنا

ما روي علماونا في المبسوط عن مغيرة بن شعبة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال في

امراة المفقود انها امراته حتى ياتيها البيان وروى محمد بن الحسن في الاصل عن ابي حنيفة عن

حماد عن ابراهيم عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه انه قال في امراة المفقود انها امراة ابتليت

فلتصبر حتى يستبين موت او طلاق فعلم ان امراة المفقود لا يقع الفرقة بينها وبين زوجها الى ان

يظهر حال المفقود من موت او طلاق ولان الغيبة لا توجب ازالة الملك في ملك اليمين فكان

ما بعد اربع سنين كما قبل اربع سنين ورجح علماونا قول علي من ثلاثة اوجه احدها انه روي عن

النبي صلى الله عليه وسلم مثل قوله فكان قوله تفسيرا لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم والثاني

انه موافق للقياس والثالث انه روي عن عبد الرحمن بن ابي ليلى ان عمر رضي الله عنه رجع عن

ثلاث قضيات الى قول علي رضي الله عنه في امراة ابي كنف وفي المفقود زوجها وفي المراة التي

تزوجت بزوج آخر بعدما نعي اليها وفاة زوجها فكان ذلك اجماعا على قول علي رضي الله عنه اما

تفسير امراة المفقود قد مر بيانه آنفا واما تفسير امراة كنف طلق امراته فاعلمها وراجعها

قبل انقضا العدة وسافر ولم يعلمها وجاء وقد تزوجت فاتى عمر رضي الله عنه فقص عليه القصة

فقال له عمر رضي الله عنه ان وجدته لم يدخل بها فانت احق بها وان كان قد دخل بها فليس لك

سبيل ومالك في هذه المسالة احتج بقول عمر رضي الله عنه وعلماونا احتجوا بقول علي رضي

الله عنه فانه قال في الرجل يطلق امراته فيعلمها ويراجعها ويشهد ولا يعلمها انها امراته اعلمها

او لم يعلمها والمعنى في المسالة ان الثاني تزوج منكوحة الغير فيكون الاول احق بها كما لو لم

يطلقها الاول وذلك لان رجعة الاول قد صحت فلما صحت بقيت المراة منكوحة له كما كانت

ولم يكن للطلاق اثر في الابانة ولهذا كان الاول احق بها اذا لم يدخل بها الثاني بالاجماع واما

تفسير المراة المنعي اليها زوجها فهو ما روي عن ابراهيم عن علي رضي الله عنه انه قال في المراة

ينعى اليها زوجها فتتزوج ثم يقدم انها ترد الى زوجها الاول ويفرق بينها وبين الآخر ولها

المهر بما استحل من فرجها ولا يقربها الزوج الاول حتى تنقضي عدتها من الزوج الآخر وقال عمر

رضي الله عنه فيها ان زوجها الاول بالخيار ان شاء اخذ مهرها وتركها عند الآخر وان شاء اخذ

امراته والجواب عن قياس مالك فنقول لا نسلم ان امراة المفقود تشبه امراة المولى وامراة

العنين وهذا لان الايلا كان طلاقا معجلا في الابتداء ثم صار طلاقا موجلا والطلاق مزيل

لملك النكاح وليس كذلك بمعجل ولا بموجل وفي باب العنة ثبت حق الفرقة لفوات حق المراة في الجماع

على التابيد لان امراة العنة متردد بين ان يكون خلقة وبين ان يكون عارضا فجعل الشرع

العلم الفاصل بينهما مضي سنة لاشتمالها الفصول الاربعة المشتملة على الطباع فاذا مضت سنة

ولم تزل العنة علم انها كانت خلقة وما كان خلقة لا يزول ابدا او هو الظاهر او لا يزول

غالبا بخلاف امراة المفقود فان حقها في الجماع لم يفت على التابيد لانه يرجى مجيه بعد اربع سنين

[illegible] كره خواهر زاده في مبسوطه قال في المغرب
[illegible] بن كان [illegible] الذي طلق امراته وغاب عنها **قوله** استهواه
اي ذ [illegible] على الى المهاوي وهي المساقط والمهالك **قوله** اعتبارا
بالا [illegible] به كيان ذلك عند ذكر دليل مالك **قوله** اخذ المقدار اي اخذ مالك المقدار منهما
اي [illegible] والعنة **قوله** وقول علي رضي الله عنه مبتدا خبره قوله خرج **قوله** للبيان
المذكور اراد به قوله عليه السلام حتى ياتيها البيان **قوله** في الحديث المرفوع اي المرفوع الى
النبي عليه السلام **قوله** بعد استمرارها سنة اي بعد استحكامها **قوله** قال واذا تم له مائة
وعشرون سنة من يوم ولد حكمنا بموته اي قال القدوري في مختصره اعلم ان المفقود اذا
مضى له مدة لا يعيش اكثر منها حكم بموته وتجب على امراته عدة الوفاة ويقسم ماله بين ورثته
الموجودين حينئذ ولكن في تلك المدة اختلاف الروايات ففي ظاهر الرواية مقدر بموت
الاقران كذا اعتبر محمد في الاصل ولم يذكر محمد انه يعتبر موت اقرانه من اهل بلده او
في جميع البلدان لانه ذكر الاقران مطلقا فينبغي ان اقرانه في السن من جميع البلدان لا من
بلده خاصة وقال بعضهم يعتبر اقرانه في السن من اهل بلده لان الاعمار مما يتفاوت
ويختلف باختلاف الاقاليم والبلدان حتى قالوا الصقالبة اطول اعمارا من اهل الروم فاذا
كانت الاعمار مما يتفاوت بتفاوت الاماكن يعتبر اقرانه في السن من اهل بلده لا من جميع البلدان
ثم قال خواهر زاده وهذا القول اصح وارفق بالناس لان التفحص عن اقرانه من جميع
البلدان اما ان يقال غير ممكن او بعد حرج عظيم والذي ذكره القدوري من تقديره المدة
بمائة وعشرين سنة هو رواية الحسن عن ابي حنيفة وفي رواية عند ابي يوسف انها مائة
سنة كذا في الشامل وشرح الطحاوي وفي رواية عنه مائة وخمس سنين كذا ذكر الامام
سراج الدين في فرائضه عن نصير بن يحيى انه مائة سنة لان اعمار اهل زماننا قصرت
فغاية ما ينتهي اليه عمر الانسان مائة سنة والحياة بعدها نادر ولا عبرة بالنادر وروي
انه عاش مائة وتسع سنين او اكثر ولم يرجع عن قوله كذا قال خواهر زاده في مبسوطه
وروي عن الشيخ الامام ابي بكر محمد بن حامد انها تسعون سنة لانه الغالب في اعمار اهل
زماننا قال الصدر الشهيد وعليه الفتوى كذا ذكر في خلاصة الفتاوي وقال المتاخرون
من مشايخنا انها ستون سنة رفقا بالناس ونفيا للحرج عنهم لان في التفحص عن حال الاقران
انهم ماتوا ام لا حرجا قال خواهر زاده ما قاله محمد اقيس لان مضي ما قالوا من المدة ان دل
على موته فبقاء من بقي من اقرانه بعد مضي هذه المدة يدل على حياته فيقع التعارض بين دليل
الحياة وبين دليل الموت بالشك ومتى اعتبرنا موته بموت اقرانه فانما يثبت موته بدليل
لا تعارض فيه فكان ما قاله احوط واقيس الا ان فيه ضرب حرج من التفحص عن الاقران
وما اعتبره المشايخ بعض فنهاية ما ينتهي اليه الاعمار في الغالب مائة وعشرون سنة والحياة
بعد ذلك نادر ولا يعتد به وقال في الفتاوي الولوالجي قال بعضهم هو مفوض الى راي
القاضي يعني اي وقت راى المصلحة حكم بموته **قوله** والاقيس ان لا يقدر بشيء من المقادير
المذكورة كالمائة والتسعين ونحو ذلك يعتبر بموت الاقران لان حياة الانسان بعد موت
جميع اقرانه نادر ولا عبرة بالنادر فكان موت اقرانه دليلا على موته من حيث الظاهر لان
الظاهر ان لا يعيش بعد ذلك وكان ثبوت موته بموت اقرانه بدلالة الظاهر كالثابت

معاينة بالبينة فيجري عليه حكم الاموات بعد [illegible]
كالاشهر في تفصيل المشهود وسنة المثل الا [illegible]
اعتدت امراته عدة الوفاة من ذلك الوقت اي من وقت [illegible]
الحكم يعتبر بالموت الحقيقي فلو ثبت موت المفقود حقيقة تعتد [illegible] له
بين ورثته الموجودين وقت الحكم بالموت فكذا في الموت الذي حكم به بمو [illegible] ان
او بمائة وعشرين سنة ونحو ذلك **قوله** ومن مات قبل ذلك لم يرث منه هذا لفظ القدوري
في مختصره اي من مات من ورثة المفقود قبل الحكم بموت المفقود لم يرث من المفقود
وذلك لان المفقود قبل الحكم بموته حي في ماله ولا ارث لاحد من الحي وهو حي حكما
فصار كالحي حقيقة **قوله** ولا يرث المفقود احدا مات في حال فقده وهذا لفظ
القدوري في مختصره وهذا لان المفقود ميت في مال غيره لان اعتباره حيا في حال
فقده باستصحاب الحال وهو عبارة عن ابقاء ما كان لعدم الدليل المزيل فيصلح
الاستصحاب حجة للدفع لا للاستحقاق فلهذا اعتبر حيا في ماله ميتا في مال غيره حتى
لم يرث احد من المفقود في حال فقده ولم يرث المفقود من احد بل يوقف نصيبه من مال
مورثه فاذا مضت المدة او علم موته يرد الموقوف لاجله الى وارث مورثه الذي وقف
في ماله ولان المفقود لم يعلم وجوب حق الغير في ماله وفي هذه المدة لعدم التحقق بحياته
فامسكنا عن الايجاب بلا علم وتركنا كل واحد من المالين لاهله كما في ميراث الغرقى والهدمى
قوله وكذا لو اوصى للمفقود ومات الموصي اي يقضى للمفقود بالوصية اما اذا مات
الموصي في حال فقده بل يكون الوصية موقوفة كالميراث الى ان يظهر حاله وهذه من
مسائل المبسوط ذكر تقريبا لمسئلة القدوري قال محمد بن الحسن في الاصل ولو اوصى
رجل للمفقود بوصية لم اقض له بها ولم ابطلها وعلل خواهر زاده في مبسوطه فقال
لان الوصية اخت الميراث وفي الميراث تحبس حصة المفقود على المفقود الى ان يظهر
حاله فكذلك هذا قال الولوالجي في فتاواه فالحاصل انه يوقف نصيب المفقود الى
ان يقضى بموته فاذا قضى بموته جعل في ماله كانه مات الان وفي مال غيره واستحقاقه
كانه مات حين فقد هذا تفسير ما قال محمد رحمه الله يعني به قوله ان المفقود حي في ماله
ميت في غيره **قوله** ثم الاصل انه لو كان مع المفقود وارث لا يحجب به ولكنه ينتقص
حقه به فيعطى اقل النصيبين ويوقف الباقي وان كان معه وارث يحجب به لا يعطى
اصلا اي الاصل في مسئلة المفقود انه لو كان مع المفقود وارث لا يكون محروما عن
الميراث بسبب المفقود لكن ينتقص عن ذلك الوارث بالمفقود يعطى الوارث اقل
النصيبين ويوقف الباقي الى ان يظهر حال المفقود وان كان الوارث وارثا يحجب
بالمفقود حجب الحرمان لا يعطى الوارث شيئا كما في مسئلة الهداية اعني في رجل مات
وترك ابنتين وابنا مفقودا وابن ابن وبنت ابن يعطى الابنتان النصف ويوقف الباقي
ولا يعطى ولد الابن شيئا لان ولد الابن لا ارث له لو كان الابن حيا فلا يورثان بالشك وحمله
البيان هنا ما قال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه وهي ما اذا مات الرجل
وترك ابنتين وابن ابن وبنت ابن وترك ابنا مفقودا وترك مالا في يدي الابنتين
فقال ابن الابن واخته ابونا مفقود واقر بذلك الابنتان واختصموا الى القاضي

[illegible] موضعه ولا يوقف منه شيئا للمفقود يريد بقوله
[illegible] القاضي شيئا مما في يدي الابنتين وذلك لان النصف
[illegible] عدل لموت ابيهما بيقين لان الابن المفقود ان كان حيا يكون
[illegible] الابنتين انصافا وان كان ميتا فللبنتين الثلثان والباقي لولد ولده
[illegible] نصف ميراث للبنتين بيقين فلا يوخذ من ايديهما والنصف الاخر موقوف على
يد من كان في بيته للمفقود فلهذا قال لا يحرك شيئا من المال من موضعه وقوله لانه
يوقف منه شيئا للمفقود اي لا يحرك شيئا مما في يدي الابنتين ملكا للمفقود الى ان يظهر حاله فيكون
موقوفا على حكم ملك الميت ان ظهر المفقود حيا يدفع اليه وان ظهر ميتا فالسدس يضم الى
نصيب البنتين ليتم الثلثان والباقي وهو الثلث لولد الابن قال ولو كانت الابنتان قالتا
قد مات اخونا وليس بمفقود وقال ابن الابن وابنة الابن بل هو مفقود فالجواب كذلك
في اصل الوقف لا في تقدير الموقوف لان في المسئلة الاولى يوقف النصف لان البنتين
تدعيان النصف فيكون النصف الاخر موقوفا وفي هذه المسئلة تدعيان الثلثين والمال
في ايديهما فيقضى بالثلثين لهما والثلث الاخر يوقف الى ان يظهر حال المفقود قال ولو
كان ميراث الجد في يدي ولدي الابن للمفقود فطلبت الابنتان ميراثهما واتفقوا ان الابن
مفقود وصدقهما ذو اليد في ذلك فتعطيان النصف ويوقف النصف الاخر على حكم
ملك الميت الى ان يظهر حال المفقود قال ولو كان مال الميت في يد رجل اجنبي فقالت
ابنتا الميت مات اخونا قبل الاب وقال ولد الابن مفقود فان اقر الذي في يده المال بالملك
للميت فان الابن مفقود تعطى الابنتان النصف ويوقف الباقي على يده الى ان يظهر حال
المفقود وانما تعطيان النصف لانه يقين ولو قال الذي في يده المال مات المفقود
قبل ابيه وجحد ذلك ولد المفقود فان الذي في يده المال يجبر على دفع الثلثين
الى بنتي الميت لانهما تدعيان الثلثين وذو اليد صدقهما باقراره بموت المفقود لان
ذا اليد يقر لولد الابن بالثلث وهم لا يدعون ذلك لانفسهم قال ولو كان الذي في يده
المال جحد وانكر ان يكون المال لهذا الميت فاقامت ابنتا الميت بينة ان اباهم مات وترك
هذا المال ميراثا لهما ولاخيهما المفقود فانه يقبل بينتهما ويدفع اليهما النصف اما
قبول البينة فلان احد الورثة ينتصب خصما عن الباقين فيما لهم وعليهم واما دفع
النصف فلانه يقين وما زاد عليه اي الثلثين ففيه شك فلا يثبت ثم ينزع النصف الاخر
من يدي ذي اليد ويوقف على يد عدل لانه لما جحد ظهرت خيانته فلا يترك مال الغير
في يد الخائن بخلاف ما اذا كان ذو اليد مقرا حيث يترك في يده الى ان يظهر حال المفقود
لانه لم يظهر خيانته قال ولو ادعى ولد المفقود ان المفقود قد مات بعد شهادة الشهود
لم ادفع اليهم شيئا حتى يقوم البينة على موته قبل ابيه او بعده لانهم ادعوا ازالة يد
ذي اليد فلا يصدقون بلا بينة فان اقاموا البينة انه مات قبل موته يعطى لهم الثلث
والثلثان للابنتين وان اقاموا البينة انه مات بعد موته يعطى لهم النصف لان
النصف صار لابيهما عن الجد ثم انتقل اليهما بالميراث قال ولا انفق عليهم من ذلك شيئا ولو
كانوا محتاجين وذلك بعد نصيب البنتين لان النصف الذي اوقفناه ليس بملك لهم ولا
لابيهم بل هو باق على حكم ملك الجد والجد ميت فلا يمكن ايجاب النفقة عليه هذا حاصل

ما قال

ما قال شيخ الاسلام رحمه الله في مبسوطه [illegible]
لا يحجب به اي لا يحجب الوارث بالمفقود والحمل [illegible]
بدلالة ولكن ينتقص حقه **قوله** معه اي مع المفقود [illegible] [illegible] في انصاف
الورثة والاجنبي **قوله** ولا ينزع من يد الاجنبي الا اذا ظهرت منه خيانة [illegible] ينزع
النصف الاخر من يده الا اذا ظهرت خيانته كما اذا جحد كون المال للميت [illegible]
قوله ونظير هذا الحمل فانه يوقف له ميراث ابن واحد على ما عليه الفتوى اي نظير
المفقود الحمل يعني انه كما يوقف للمفقود يوقف للحمل لكن يوقف له نصيب ابن واحد
على ما عليه الفتوى وهذا احتراز عما روي انه يوقف له نصيب اكثر من واحد بيانه انه يوقف
للحمل نصيب اربعة بنين ان كان نصيبهم اكثر من نصيب البنات كما اذا ترك امراة حاملا وعما فهنا
نصيب اربعة بنين اكثر ويعطى لبقية الورثة اقل الانصباء ويوقف للحمل نصيب اربع بنات
ان كان نصيبهن اكثر من نصيب الابنين كما اذا ترك امراة حاملا وابوين فالمسئلة من اربعة
وعشرين والثاني من فروض اصحاب الفروض ثلاثة عشر فهي للبنتين ولو فرض الحمل اربع
بنات وروى ليث بن سعد عن محمد انه يوقف نصيب ثلاثة بنين وفي رواية هشام عنه نصيب
ابنين وهي احدى الروايتين عن ابي يوسف وروى الخصاف عن ابي يوسف انه يوقف
نصيب ابن واحد وعليه الفتوى اليوم لاصحاب ابي حنيفة كذا ذكر الامام سراج الدين في
فرائضه وشرحه وقال في المختلف فان مات وترك ابنين وام ولد حاملا روى ابن المبارك
عن ابي حنيفة انه يوقف نصيب اربعة بنين ويوقف ثلثا ماله وبه اخذ ابن المبارك والنخعي
ومالك وشريك وقال ابو يوسف يوقف نصيب ابن واحد وهو ثلث المال وقال محمد يوقف
نصيب ابنين وهو نصف المال له ان ولادة ولدين غالب وولادة الواحد ولابي يوسف ان
الاغلب ولادة الواحد ولابي حنيفة ان ولادة الاربع في بطن واحد قد يكون قال شريك
رايت بالكوفة لابي اسماعيل اربعة بنين في بطن واحد فيجب اعتباره احتياطا الى هنا
لفظ المختلف وقال الشيخ ابو الفضل الكرماني في فرائضه قال ابن المبارك اخبرني هذا القول
شيخ رايت من بني اسماعيل من ولد في بطن واحد محمدا وعمرو وعليا واسماعيل **قوله** ولو
كان معه وارث اخر الى اخره اي لو كان مع الحمل وارث اخر فلا يخلو اما ان كان الوارث
لا يسقط بالحمل ولا يتغير به كالابن والجدة مثلا او يسقط به كابن الابن كالاخ والعم او لا
يسقط به لكن يتغير كالزوجة ففي الاول يعطى الوارث كل نصيبه وفي الثاني لا يعطى
وفي الثالث يعطى الاقل لكونه يقينا كما في المفقود فانه اذا مات وترك ابنا مفقودا
وجدة معه واخا واما فللجدة السدس من الباقي والباقي موقوف لان الجدة لا تسقط
ولا يتغير نصيبها ولا يعطى الاخ شيئا لانه يسقط بالابن وتعطى الام السدس لكونه
يقينا لانه اقل من الثلث لان المفقود ان كان حيا استحق الام السدس وان كان ميتا
استحقت الثلث فتعطى السدس والباقي يوقف الى ان يظهر حال المفقود **قوله**
وقد شرحناه في كفاية المنتهي باتم من هذا اي شرحنا حكم مسئلة المفقود في الشرح
الموسوم بكفاية المنتهي بيانا اتم من هذا البيان ونحن قد استوفينا بيان ذلك قبل
هذا نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام والله اعلم بالصواب واليه المرجع والماب

كتاب الشركة

مناسبة الشركة بالمفقود

[illegible] ان نصيب المفقود امانة في يد من كان المال
[illegible] سورته مختلط بنصيب غيره كاختلاط المالين في
[illegible] على [illegible] لكنا سبب لكن لما كان للمفقود مناسبة خاصة بالاباق
من [illegible] عرضية التوى فيها قدم المفقود على الشركة ثم اعلم ان الشركة عبارة عن اختلاط
[illegible] متباعد بحيث لا يعرف احد النصيبين من الاخر ومنه الشركة بالتحريك وهو حبائل الصائد
سميت به لاختلاط بعض الحبل بالبعض ثم يطلق اسم الشركة على عقد الشركة وان لم يوجد اختلاط
النصيبين لان العقد سبب له والشرك والشركة بمعنى قال ابن دريد الشرك مصدر شركت الرجل
اشركه شركا في المال وشاركت فلان فلانا شرك عنان او شرك مفاوضة فالعنان في صنف من
المال والمفاوضة في جميعه قال الشاعر ابي بن كرمان كعب ان يصاهرهم سكان شرك عنان وهو
اسوار وشريك الرجل ومشاركه سواكذا في الجمهرة ثم ركن الشركة الملك اجتماع النصيبين
وحكمها ان يكون المال مشتركا بينهما وكل واحد في نصيب الاخر كالاجنبي لا يجوز تصرفه بدون
اذنه وركن شركة العقود الايجاب والقبول بان يقول احدهما لصاحبه شاركتك في كذا
وكذا ويقول صاحبه قبلت وحكمها الشركة في الربح ثم شركة الاملاك على ضربين جبري
واختياري فالاول في العين يرثها رجلان والثاني في العين يشتريانها او توهب لهما او يوصى لهما
فقبلا **قوله** الشركة جائزة لانه عليه السلام بعث والناس يتعاملونها فقررهم عليها يعني
لما كان الناس يعقدون عقد الشركة والنبي عليه السلام لم ينكرها دل على جوازها فلو لم
تكن جائزة لانكرها لانه مبعوث لبيان الحق قال اصحابنا في كتبهم روي ان اسامة بن شريك
جاء الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال اتعرفني فقال وكيف لا اعرفك وكنت شريكي نعم الشريك
لا تداري ولا تماري وحدث صاحب السنن باسناده الى ابي هريرة رضي الله عنه عن النبي عليه
السلام قال ان الله عز وجل يقول انا ثالث الشريكين ما لم يخن احدهما صاحبه فاذا خانه
خرجت من بينهم ذكره في السنن في كتاب البيوع وقوله فقررهم اي قرر النبي صلى الله عليه وسلم
الناس على التعامل بالشركة **قوله** قال الشركة ضربان شركة املاك وشركة عقود
فشركة الاملاك العين يرثها رجلان او يشتريانها فلا يجوز لاحدهما ان يتصرف في نصيب
الاخر الا بامره وكل واحد منهما في نصيب صاحبه كالاجنبي اي قال القدوري في مختصره
وذلك لان التصرف في ملك الغير لا يجوز الا باذن او ولاية شرعية ولم يوجد ذلك في حق
كل واحد من الشريكين فلم يجز تصرف احدهما في حق الاخر قال صاحب الهداية وهذه الشركة
تتحقق في غير المذكور في الكتاب اي شركة الاملاك لا تنحصر في المذكور في مختصر القدوري
والمذكور فيه شيئان الارث والشراء بل تتحقق في غيرهما كما اذا اتهب الرجلان عينا اي قبلا عينا
وهبت لهما وكما اذا ملكاها بالاستيلاء مثل ما اذا استوليا على عين واحدة من اعيان مال اهل
الحرب وكما اذا اختلط ما لهما من غير صنع منهما نحو ما اذا انشق الكيسان فاختلط ما
فيهما من الدراهم وكما اذا خلطا ماليهما خلطا لا يمكن به التمييز اصلا كخلط الحنطة بالحنطة
او يمكن التمييز لكن بحرج كخلط الحنطة بالشعير ثم الشركة الثابتة بالاختلاط او الخلط
تخالف الشركة الثابتة بالارث او بالشراء او بالهبة او بالاستيلاء فان الشركة متى ثبتت
بالاختلاط او بالخلط يجوز بيع احدهما نصيبه من شريكه ولا يجوز من الاجنبي الا باذن
الشريك والشركة متى ثبتت بالارث وما يجري مجراه يجوز بيع احدهما نصيبه من الشريك

ومن

ومن الاجنبي بغير اذن شريكه ولا يجوز [illegible] انه
لان خلط الجنس بالجنس على سبيل التعدي سبب
حصل بغير تعد كان سبب الزوال موجودا من وجه لو[illegible] من
وجه لانعدام صفة التعدي عن الخلط فكان الزوال موجودا من وجه دون وجه [illegible]
واحد منهما نازلا الى الشريك في حق البيع من الاجنبي كانه يبيع ملك الشريك من الاجنبي [illegible] في حق
البيع من الشريك كانه يبيع ملك نفسه عملا بشبه الزوال وشبه القيام فاما الشركة الثابتة بالارث
وما يجري مجراه لم يوجد بعد ثبوت الملك لكل واحد منهما سبب الزوال بوجه ما فكان ملك
كل واحد منهما قائما في نصيبه من كل وجه فيجوز لكل واحد منهما بيع نصيبه كيف ما كان كذا ذكر
الامام الولوالجي في فتاواه والى هذا الفرق اشار صاحب الهداية بقوله وقد بينا الفرق
في كفاية المنتهى **قوله** يمنع التمييز راسا او لا بحرج اي يمنع ذلك الخلط التمييز اصلا ولا يمكن
التمييز بين المخلوطين او لا يمكن التمييز بينهما الا بحرج يعني يمكن بحرج **قوله** في جميع الصور
اي في جميع صور شركة الاملاك غير صورة الخلط والاختلاط وذكرنا جميعها انفا **قوله**
والضرب الثاني شركة العقود هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه وهي على اربعة
اوجه مفاوضة وعنان وشركة الصنايع وشركة الوجوه اي الضرب الثاني من ضربي الشركة
قوله وشرطه ان يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة اي شرط
الضرب الثاني وهو شركة العقود ان يكون التصرف الذي وقع عليه العقد قابلا للوكالة سواء
كان عنانا او مفاوضة لان عقد الشركة يتضمن الوكالة لان المقصود من الشركة تحصيل
الربح بالتجارة والتصرف في مال الغير لا يجوز الا بولاية او وكالة من طريق النطق او الحكم
ولم يوجد الولاية والنطق بالتوكيل فتعين الثالث ليتحقق الحكم المطلوب من الشركة
وهو الربح وهذا معنى قوله ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق حكمه المطلوب
منه اي حكم عقد الشركة المطلوب من عقد الشركة وقوله عقد الشركة منصوب على
المصدر واحترز بقوله قابلا للوكالة عن الاحتطاب والاحتشاش والاصطياد لانها
ليست بقابلة للوكالة فلا يجوز عقد الشركة فيها وسيجي بيانه في فصل الشركة الفاسدة
ان شا الله تعالى **قوله** ثم هي على اربعة اوجه اي شركة العقود على اربعة اوجه مفاوضة
وعنان وشركة الصنايع وشركة الوجوه وهذا التقسيم فيه نظر لانه يوهم ان شركة
الصنايع وشركة الوجوه مغايرتان للمفاوضة والعنان والاولى في التقسيم ما ذكره الشيخان
ابو جعفر الطحاوي وابو الحسن الكرخي في مختصريهما بقولهما الشركة على ثلاثة اوجه
شركة بالاموال وشركة بالاعمال وشركة بالوجوه وكل واحد منها على وجهين مفاوضة
وعنان وسيجي بيان المفاوضة والعنان في شركة الاعمال وشركة الوجوه فاذا وصلنا
الى بيانهما بينا الوجهين ان شا الله تعالى **قوله** فاما شركة المفاوضة فهي ان يشترك
الرجلان فيتساويان في مالهما وتصرفهما ودينهما هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان
المفاوضة هي المساواة والمشاركة والمفاوضة الشركة والناس فوضى في هذا الامر اي هو لاء
متباينين بينهم كذا ذكر صاحب الغايق الافوه الاودي الى قول الشاعر وهو الافوه الاودي لا يصلح الناس
فوضى لا سراة لهم ولا سراة اذا جهالهم سادوا فلما كانت معنى المفاوضة المساواة اعتبر التساوي
في المال والتصرف والدين والمراد من التساوي في المال التساوي في مال يصح عقد الشركة اما

بر فيها [illegible] والعقار والديون فلا يفسد ذلك المفاوضة
[illegible] بن كا [illegible] التفاضل فيها كالتفاضل في الاولاد والزوجات
[illegible] نوع من انواع التجارة لان المفاوضة تنعقد عامة في التجارات
[illegible] نوع يزيل التساوي وهو شرط في المفاوضة قال الشيخ ابو الحسن الكرخي
رحمه [illegible] في مختصره شرط صحتها ان تكون في جميع التجارات ولا يختص احدهما بتجارة دون
شركة وان يكون ما يلزم احدهما من حقوق ما يتجران فيه لازما للاخر وما يجب لكل منهما يجب
للاخر ويكون كل واحد منهما فيما وجب لصاحبه بمنزلة الوكيل وفيما وجب عليه بمنزلة الكفيل
عنه ويتساويان مع ذلك في رؤس الاموال في قدرها وقيمتها وان تفاوتا في شي من ذلك لم يكن
مفاوضة وكانت عنانا ويتساويان ايضا في الربح لا يفضل احدهما الاخر ولا يكون لاحدهما
مال خاص في يده او بيد مودع له مما يثبت لك ان الشركة تجوز به من الدراهم والدنانير والفلوس
ايضا في قول ابي يوسف ومحمد فان كانت في يد احدهما شي من ذلك لنفسه مما لم يدخل في الشركة
فسدت المفاوضة وكذلك ان صار في يده شي من ذلك بعد المفاوضة فان المفاوضة تفسد به
وتصير شركة عنان الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وقال في الشامل في قسم المبسوط دراهم احدهما
بيض ودراهم الاخر سود جازت المفاوضة الا ان يكون لاحدهما فضل على الاخر في الصرف
فلا تجوز شركة المفاوضة لما عرف لاحدهما الف درهم وللاخر مائة دينار جازت ان استوتا
القيمة وان اختلفت تنعقد الشركة عنانا **قوله** كما قال لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم
ولا سراة اذا جهالهم سادوا اي لا يصلح امور الناس حال كونهم متساوين لا اشراف لهم يامرونهم
وينهونهم والسراة جمع سري وبعد هذا البيت اذا تولى سراة الناس امرهم نمى على ذلك امر القوم
وازدادوا **قوله** فلا بد من تحقيق المساواة ابتدا وانتها نتيجة لقوله اذ هي من المساواة اي
لما كانت المفاوضة عبارة عن المساواة لم يكن بد من تحقيق المساواة فيها بينهما ابتدا وانتها لان
المفاوضة من العقود الجائزة بدليل صحة امتناع كل واحد منهما عنها بعد العقد فكان لدوامها
حكم الابتدا فالتساوي في الابتدا شرط فكذا في الانتها ولهذا لو كان المالان سوا يوم الشركة ثم
فضل احدهما قبل ان يشتريا بها شيا فسدت لان المقصود من الشركة التجارة بالشرا فلا بد كما قبل
الشرا فما يمنع ابتداها بالمفاوضة يبطلها بالطريان وتصير عنانا لانه ينعقد به العنان وان كان
ذلك بعد الشرا بالمالين لا يفسد لان الشركة انتقلت عن الثمن الى المشتري فتغير سعر راس المال
بعد خروجه عن الشركة لا يبطل شركتهما ولو اشتري باحدهما بمال احدهما ثم فضل الاخر
تفسد المفاوضة قياسا لان المشتري صار بينهما وراس مال الاخر باق على ملكه فحصل التفاضل
وفي الاستحسان لا يبطل لان الشرا بالمالين قل ما يتفق فلو فسد لضاق الحكم الحرج هكذا ذكر
في الشامل في قسم المبسوط **قوله** وذلك في المال اي تحقيق المساواة في المال وكذا في
التصرف وكذا في الدين حتى لو اختص احدهما بمال تصح فيه الشركة او تصرف او بالدين
فات التساوي وفسدت المفاوضة وكانت عنانا لان كل موضع ينعدم فيه شرط المفاوضة
وهو ليس بشرط في العنان كانت عنانا لانه اي معنى العنان بعبارة المفاوضة **قوله**
والمراد به ما يصح الشركة فيه اي المراد بالمال الذي اشترط المساواة فيه هو المال الذي يصح
الشركة فيه كالدراهم والدنانير والفلوس ايضا على قولهم لان ما لا يصح فيه الشركة كالعروض
والعقار لا اذا التفاضل فيه لا يبطل المفاوضة **قوله** وكذا في التصرف عطف على قوله وذلك

في المال

في المال **قوله** لما بين اشارة الى قوله ولا [illegible]
عندنا استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول ال[illegible]
هذا تفريعا لمسئلة القدوري وقال في المختلفات [illegible]
وجه القياس ان المفاوضة تضمنت شيئين وكل واحد منهما عند الانفراد
الاولى ان لا يجوز عند انضمامها بيانه انها تضمنت الوكالة الكفالة والوكالة
تجوز الا ترى انه لو قال وكلتك بالشرا او بشرا الثوب لا يصح الوكالة والكفالة بمجهول لا يجوز
ايضا بخلاف الكفالة بمجهول المعلوم فانها جائزة كما في قوله ما ذاب لك على فلان فعلي وهنا فيما نحن
فيه الوكالة لمجهول الجنس والكفالة لمجهول فينبغي ان لا يجوز ولان المفاوضة شرطها
المساواة عندكم واعتبارها لا يمكن لان احدهما يكون له فضل على الاخر في متاع الاهل او
ثياب البدن ونحو ذلك فاذا لم يمكن اعتبارها لم يمكن تصحيح المفاوضة ووجه الاستحسان
ما روي اصحابنا في عامة كتبهم عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال فاوضوا فانه اعظم للبركة
وقال ابو بكر الرازي في مختصر الطحاوي وقد روي جواز شركة المفاوضة عن الشعبي وابن
سيرين وغيرهما ولان المسلمين تعاملوا هذه الشركة من غير نكير وكان دليلا على جوازها ولان
كل واحد من الكفالة والوكالة جائز عند الانفراد فكذا عند الاجتماع والجهالة التي
ذكرها حصلت في ضمن صحة العقد فتحملت كما في المضاربة لان المضارب وكيل في تصرفه وكيل
عن رب المال لكن لمجهول الجنس فتحملت الجهالة لثبوتها في ضمن عقد المضاربة لا قصدا
فكذا فيما نحن فيه فكم من شي يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا كما في احد اعداد الكفالة لا تصح
قصدا وتصح في ضمن المباشرة ولا نسلم ان اعتبار المساواة لا يمكن لانا نشترط المساواة في
مال التجارة لا غير وهي ممكنة فيه **قوله** ولا تنعقد الا بلفظة المفاوضة لبعد
شرايطها عن علم العوام قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره وان شرطها في عقده
الشركة انها تفاوضا باللفظ يذكر ان ذلك لفظا عند عقدهما الشركة فان لم يكن ذكره
ذلك كانت عنانا روى ذلك الحسن بن زياد عن ابي حنيفة ولم يحك احد من اصحابنا خلافا
وهو عندي قول ابي يوسف ومحمد الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله قال البريع في كتابه ان كان
العاقد يمكنه استيفا المعنى وان لم يتلفظ به يجوز لان العبرة بالمعنى **قوله** حتى لو بينا بلفظ
التنبية اي لو بين المتعاقدان جميع ما يقتضيه المفاوضة يجوز وان لم يذكر لفظ المفاوضة
لان المقصود هو المعنى الا ترى ان الكفالة بشرط براة الاصيل حوالة والحوالة بشرط ضمان
الاصيل كفالة **قوله** فلا تجوز بين الحر والعبد ولا بين الصبي والبالغ ولا بين الكبير ... قال القدوري في مختصره
وصاحب الهداية لم يذكر في رواية العاقلين بعد المسلمين والشيخ ابو نصر ذكره فلا بد
من ذلك وذكر هذا نتيجة وحكم لما تقدم من قوله فاما شركة المفاوضة فهي ان يشترك
الرجلان فيتساويان في مالهما وتصرفهما ودينهما يعني لما كان التساوي شرطا في المفاوضة
جازت بين الحرين المذكورين لوجود التساوي وان كان احدهما ذميا والاخر مجوسيا جازت
ايضا لتحقق التساوي وهو المراد بقوله لما قلنا وذلك لان الكفر كله ملة واحدة ولا تجوز
المفاوضة اذا كان احدهما حرا والاخر مملوكا او كان احدهما صبيا والاخر بالغا لعدم المساواة
لان الحر البالغ يتصرف بولاية نفسه وهو اهل الكفالة بخلاف الصبي والعبد فان صحة تصرفهما
وكفالتهما موقوفة على اذن المولى والولي **قوله** ولا بين المسلم والكافر وهذه مسئلة القدوري

[illegible] مفاوضة بينهما لعدم التساوي وهذا قول ابي حنيفة
[illegible] وبينهما في التصرف لان كل ما يملكه الذمي من شرا الخمر
[illegible] ابو ان الذمي يملكه بنفسه وتوكيله والمسلم لا
[illegible] وي فصار كالحر مع العبد وقد نص الحاكم الشهيد على الاختلاف
[illegible] مختصر **قوله** ولا يعتبر بزيادة تصرف يملكه احدهما كالمفاوضة بين الشافعي
والحنفي فانها تجوز يعني انهما يتساويان في اصل التصرف لان احدهما يملك التصرف اصالة ١٧
ونيابة فكذلك الاخر لكن احدهما اختص بزيادة تصرف كالشفعوي يتصرف في متروك التسمية
عمدا لانه يعتقده حلالا بخلاف الحنفي وكذلك النصراني مع المجوسي **قوله** الا انه يكره
استثنا من قوله وقال ابو يوسف تجوز للتساوي بينهما في الوكالة والكفالة ووجه الكراهة ان الذمي
لا يهتدي الى العقود الجائزة او لا يحترز عن الربا فلا يامن من ان يوكل شريكه حراما **قوله**
ولا تجوز بين العبدين ولا بين الصبيين ولا بين المكاتبين ذكره تفريعا لمسئلة القدوري وقال
الحاكم الشهيد في الكافي ولا تجوز بين الحر والعبد ولا بين العبدين ولا بين المكاتب والحر ولا بين
المكاتبين ولا بين الصبيين وان اذن لهما ابواهما لان فيها ضمانا الى هنا لفظ الحاكم رحمه الله
يعني ان العبد والمكاتب والصبي كل واحد منهم لا يصح كفالته والمفاوضة تتضمن
الكفالة فلا يصح مفاوضة **قوله** وفي كل موضع لم يصح المفاوضة لفقد شرطه ولا
يشترط ذلك في العنان كان عنانا ذكر هذا الكلي لتعلم ان كل موضع لا يصح المفاوضة فيه
لفقد ان شرطها وهو التساوي وليس ذلك بشرط في العنان كان عنانا لانه اتي بمعنى العنان
بعبارة المفاوضة لان العنان قد يكون عاما في انواع التجارة وقد يكون خاصا في نوع منها والمفاوضة
عامة فيها نظيره ما ذكر في الشامل في قسم المبسوط وان تفاوض عبدان او مسلم وذمي
كان شركة عنان قال الولوالجي في فتاواه وان فقد شرط من شروط المفاوضة وذلك ليس
بشرط في العنان كانت شركة العنان لانه امكن اعتبار العنان بلفظ هو اعم منه كما يمكن اثبات الخصوص
بلفظ العموم **قوله** قال وتنعقد على الوكالة والكفالة اي قال القدوري في مختصره وتنعقد
المفاوضة على الوكالة والكفالة يعني ان كل واحد من الشريكين يكون فيما باشر وكيلا عن الاخر
وكفيلا عنه اما ثبوت الوكالة في المفاوضة فليس بامر خاص بها بل الوكالة امر عام في شركة العقود
تثبت فيما سواها ان كانت عنانا او مفاوضة ليتحقق المقصود من الشركة وهو تحصيل الربح وهذا
لان الربح لا يكون الا بالتصرف ثم التصرف في مال الغير لا يخلو اما ان يكون بولاية او وكالة فلم
يوجد الولاية فتعين الوكالة ثم الوكالة لا تخلو اما ان تثبت نطقا او حكما لتحقيق المقصود من
الشركة ولم يوجد النطق فتعين الثاني فيكون كل واحد منهما وكيلا عن صاحبه في النصف
واما ثبوت الكفالة فليتحقق معنى المفاوضة وهو المساواة في امر هو من موجب التجارة وذلك
الامر هو توجه المطالبة نحوهما فيكون كل واحد منهما كفيلا عن الاخر فيما وجب عليه بسبب
التجارة والمراد بالكفالة الثابتة في ضمن المفاوضة ان يطالب كل واحد منهما بما باشره الاخر
في التجارة فحسب اما اذا كفل احدهما بمال عن اجنبي لزم الاخر عند ابي حنيفة خلافا لهما
وسنبين ذلك بعد هذا ان شا الله تعالى وجملة البيان هنا ما قال في شرح الطحاوي ان كل واحد
منهما يكون كفيلا عن صاحبه فيما هو من ضمان التجارة او من ضمان يشبه ضمان التجارة وصاحب الدين
بالخيار ان شا اخذ به الذي لزمه وان شا اخذ شريكه المفاوض بحق الكفالة اما ضمان

التجارة

التجارة فهو ثمن المشترى في البيع الجائز او قيمته
الضمان الذي يشبه ضمان التجارة فهو ضمان غصب
لان تقرر الضمان في هذه المواضع تفيد له تملك الاصل به
احدهما ضمان ليس من ضمان التجارة فلا يؤخذ به صاحبه ك
والنفقة وبدل الخلع والصلح عن القصاص **قوله** على ما بينا ا
لكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما **قوله** قال وما يشتريه كل واحد منهما يكون على الشركة
الا طعام اهله وكسوتهم اي قال القدوري في مختصره وقال صاحب الهداية وكذا الكسوة وكذا
الادام يعني يكون هذه الاشيا لاحد المتفاوضين الذي اشتراه خاصة لا على الشركة لكن يطالب
كل واحد منهما بالثمن الا ترى الى ما قال الكرخي في مختصره واذا اشترى احدهما طعاما لاهله او
كسوة او ما لا بد لهم منه فذلك جائز وهو له خاصة دون صاحبه وللبائع ان يطالب بثمن ذلك
ايهما شا وكذلك اذا اشترى احدهما جارية ليطاها باذن شريكه ليس له ان يشتري جارية للوطي
الا بإذن له شريكه وكذلك اذا اشترى جارية للخدمة الى هنا لفظ الكرخي والقياس ان
يقع المشتري مشتركا بينهما لان قضية عقد المفاوضة المساواة فيما يصح فيه الاشتراك والاشيا
المذكورة مما يصح فيه الاشتراك كساير الاعيان الا انهم استحسنوا وقالوا لا يقع هذه الاشيا
مشتركة لان الضرورة داعية الى شرا القوت والكسوة وما لا بد منه فكانت مستثناة بالضرورة
عن المفاوضة فكانت خاصة بالمشتري لكن البايع يطالب بالثمن ايهما شا لان كل واحد من
شريكي المفاوضة كفيل عن الاخر فيما يصح فيه الاشتراك وهذه الاشيا يصح فيها الاشتراك
وان اختص به المشتري للضرورة ثم يرجع الشريك بما قضى على صاحب المشتري لانه قضى
دينه من ماله وليس لواحد منهما ان يشتري جارية للوطي او للخدمة الا باذن الشريك لانعدام
الضرورة فان اشترى بالاذن فهي له خاصة والبايع يطالب بالثمن ايهما شا ولا يضمن المشتري
نصف الثمن للاخر ان ادى من مال الشركة عند ابي حنيفة وقالا يرجع صاحبه عليه بنصف
الثمن لانه قضى دينه من مال المفاوضة فصار كثمن الطعام والكسوة ولابي حنيفة ان شرا
الجارية وقع على الشركة في الاصل لعدم الضرورة فيها الا ان الشريك ملك نصيبه للمشتري
بالاذن وهبة له فلا رجوع كذا في المختلف قال البزدوي في كفايته كانه قال اشتر الجارية
بيننا وقد ملكتك نصيبي فيكون هبة وقال في مختصر الكرخي وان اشترى احدهما جارية للوطي
باذن شريكه فاستولدها ثم استحقت فعلى الواطي العقر يأخذ المستحق بالعقر ايهما شا لان
هذا دين من البيع والشرا وليس هذا كالمهر في النكاح وذلك لانه لولا الشرا لوجب الحد
دون العقر وانما وجب العقر لاجل الشرا فكان الاخر كفيلا عنه كذا في الشامل **قوله**
لان مقتضى العقد المساواة دليل قوله يكون على الشركة **قوله** فان الحاجة الراتبة اي
الدائمة من قولهم رتب الشي اذا استقر ودام وامر ترتب دايم ثابت **قوله** ولا يمكن ايجابه
على صاحبه ولا الصرف من ماله اي لا يمكن ايجاب شرا احد المتفاوضين على صاحبه ولا
يمكن صرف الثمن من مال صاحبه **قوله** ولا بد من الشرا اي من شرا اي من شرا طعام الاهل
وكسوتهم **قوله** فيختص به ضرورة اي يختص المشتري بالطعام والكسوة ضرورة انه
لا بد من شرا ذلك **قوله** لما بينا اشارة الى قوله لان مقتضى العقد المساواة **قوله** قال
وللبايع ان ياخذ بالثمن ايهما شا يعني يطالب البايع بثمن الطعام والكسوة والادام اي المتفاوضين

[illegible] طالب صاحبه وهو كفيل عنه ثم يرجع له
[illegible] كه لانه قضاء دينه وان كان بيع الشرا للمشتري خاصة
[illegible] يون بدلا عما يصح فيه الاشتراك فالاخر ضامن له
[illegible] المتفاوضين بدلا عما يصح فيه الشركة فالاخر ضامن له كثمن المشتري
[illegible] قوله [illegible] البيع الفاسد واجرة المستاجر وهو معنى قوله فيما يصح فيه الاشتراك الشرا
او البيع والاستيجار واذا كان الدين بدلا عما لا يصح فيه الشركة فالاخر ليس بضامن له كاروش
الجنايات والمهر والنفقة وبدل الخلع والصلح عن القصاص لانها لم تدخل تحت المفاوضة لانها
ليست بتجارة وهذا معنى قوله ومن القسم الاخر الجناية والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد
وعن النفقة وقد استوفينا بيان هذا عند قوله قال ويتوقف على الوكالة والكفالة ولنا في عبارة
صاحب الهداية نظر لان حق الكلام ان يقول فيما يصح فيه الاشتراك كثمن المشتري او اجرة
ما استاجر لانه هو الدين الواقع بدلا عما يصح فيه الاشتراك لا الشرا نفسه ولا الاستيجار وكذلك
حق الكلام ان يقول ومن القسم الاخر اروش الجناية والمهر والنفقة الى اخرها كما قلنا لانها هي الديون
الواقعة بدلا عما لا يصح فيه الاشتراك لا الجناية والنكاح والخلع انفسها الى اخرها قال فيعلم بادني
تفكر ان شا الله تعالى اما ضمان الغصب والاستهلاك والاقرار فانه يلزم الشريك ايضا ضمانه قال الكرخي
في مختصره روى الحسن بن ابي مالك وعلي بن الجعد عن ابي يوسف ان الغصب والاستهلاك لا يلزم
الا فاعله دون شريكه وكذلك الاقرار بذلك وقول ابي يوسف في رواية محمد في الاصل مثل
قول ابي حنيفة في الغصب الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وجه الظاهر ان ضمان الغصب يشبه
ضمان التجارة وقد مر بيانه قبل هذا ووجه ما روي عن ابي يوسف انه ضمان يتعلق بالفعل
فلا يلزم الشريك كضمان الجناية قوله ومن القسم الاخر اي مما لا يصلح فيه الاشتراك قوله
الجناية اراد بها الجناية على بني ادم لان ضمان الغصب يلزم الشريك وهو الظاهر وقد مر انفا
قوله قال ولو كفل احدهما بمال عن اجنبي لزم صاحبه عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا لا يلزمه
وهذه من مسايل الجامع الصغير ذكرها في كتاب الكفالة قال الفقيه ابو الليث رحمه الله وهذا
اذا كفل باذن المكفول عنه وان كفل بغير اذن المكفول عنه ينبغي ان لا يجب على صاحبه في
قولهم جميعا وقال في شرح الطحاوي ان كانت الكفالة بالنفس فلا يواخذ به صاحبه بالاجماع وجه
قولهما ان هذا دين لزم احدهما لا على وجه التجارة فلا يلزم الاخر كاروش الجناية والمهر وهذا لان
الكفالة تبرع بدليل انها لا تلزم من ليس من اهل التبرع كالصبي والعبد الماذون ولهذا لو
وقعت في مرض الموت تعتبر من الثلث وتبرع احدهما على صاحبه لا يجوز الا ترى انه لو اعتق
احدهما عبدا من شركتهما او وهب او تصدق انما يجوز ذلك في حصته خاصة لا في حصة شريكه
كذا في شرح الطحاوي فلم يلزم الكفالة بالمال على صاحبه كالكفالة بالنفس والاقراض ووجه
قول ابي حنيفة رضي الله عنه ان الكفالة بالمال تبرع ابتدا معاوضة انتها بيان كونها تبرعا ان
المريض لو كفل يعتبر من الثلث ولو كفل العبد الماذون لا يجوز كفالته وبيان كونها معاوضة
انه يجبر على الادا واذا ادى المكفول عنه رجع عليه اذا كانت الكفالة بامره فلما كانت معاوضة
في حالة البقا كانت في معنى ضمان التجارة لان لزوم الكفالة على صاحبه لا في حالة البقا
كانت في معنى ضمان التجارة فلزمت صاحبه ولاجل انها معاوضة في حالة البقا صح اقرار المريض
مرض الموت فيه بالكفالة بالمال من جميع المال بخلاف ابتدايها فيه حيث يعتبر من الثلث فصار

الكفالة بالمال من احد المتفاوضين كدين اخر
لانها تبرع ابتدا وبقا والجواب عن قياسهما على الاقرا
بل هو يلزم على رواية الحسن حتى لو اقرض احد
يضمن لشريكه اصلا وهو مذهب محمد ايضا وعند ابي يوسف
البيع ولين سلمنا ان الاقراض لا يلزم على صاحبه عند ابي حنيفة
الكفالة بالمال ظاهر لان الكفالة في معنى ضمان التجارة لما قلنا فكانت معاوضة بخلاف الاقراض
فانه تبرع محض ليس فيه معنى المعاوضة ولهذا كان لمثل القرض حكم العين اذ لو لم يكن كذلك
كان بيع النقد بالنسية في الاموال الربوية فعلم ان له حكم العين لا حكم البدل فكان
الاقراض اعارة لا معاوضة الا ترى ان الاقراض لا يصح فيه التاجيل لانه لو صح يلزم الجبر
فيما فيه تبرع وهو فاسد فلما ظهر الفرق بين الكفالة بالمال وبين الاقراض فسد قياسهما عليه
قوله لانه تبرع اي لان عقد الكفالة تبرع ولهذا لا يصح من الصبي ايضاح لان الكفالة
تبرع قوله ولو صدر من المريض تصح من الثلث وهذا ايضا ايضاح لكون الكفالة تبرعا
وانما ذكر الفعل اعني قوله صدر بلفظ التذكير على تاويل عقد الكفالة والمراد من المريض
هو المريض مرض الموت قوله وصار كالاقراض اي صار عقد الكفالة بالمال كالاقراض
حيث لا يلزم ضمان الشريك قوله لانه يستوجب الضمان بما يودي عن المكفول عنه اذا
كانت الكفالة بامره هذا تعليل لكون الكفالة معاوضة بقا يعني ان الكفيل يستحق
الضمان على المكفول عنه بما يودي عن المكفول عنه حيث يرجع الكفيل عليه بما ادى اذا
كانت الكفالة بامر المكفول عنه فكانت الكفالة معاوضة بقا وضمان المعاوضة يجب على
صاحب المفاوض قوله ممن ذكره اي ذكره ابو يوسف ومحمد وكان القياس ان يقول ذكراه
بضمير الاثنين والقياس ان يترك الضمير المنصوب ويذكر الفعل على صيغة المبني للمفعول فلعله
وقع هكذا من قلم الكاتب قوله واما الاقراض فعن ابي حنيفة انه يلزم صاحبه وهو
رواية الحسن وقد مر انفا هذا جواب بطريق المنع والمراد بمن ذكره العبد والصبي
الماذون والمكاتب قوله ولو سلم هذا جواب بطريق التسليم وبيانه اندرج فيما بينا قال
الفقيه ابو الليث في كتاب العيون روى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة قال اذا اقرض احد
المتفاوضين جاز ذلك عليهما قال الفقيه هذا خلاف رواية كتاب المبسوط قوله ولو
كانت الكفالة بغير امره لم يلزم صاحبه في الصحيح وهذا اشارة الى اختلاف المشايخ فيما ذكر
محمد في الجامع الصغير يعني اذا كفل احد المتفاوضين بمال عن اجنبي انما يلزم ذلك صاحبه
عند ابي حنيفة اذا كانت الكفالة بامر المكفول عنه فاذا كانت الكفالة بغير امره لم يلزم
صاحبه لانعدام معنى المعاوضة واليه ذهب الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير
وتبعه صاحب الهداية فقال مطلق جواب كتاب الجامع الصغير عن قيد الكفالة بامر
المكفول عنه محمول على هذا المقيد وهو ما اذا كانت الكفالة بامر المكفول عنه وعامة المشايخ
لم يفرقوا في شروح الجامع الصغير بينما اذا كانت بامر او بغيره لاطلاق جواب كتاب
الجامع الصغير قوله وضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند ابي حنيفة رضي
الله عنه اعلم ان ضمان الغصب والاستهلاك يلزم الشريك في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف
انه لا يلزمه وقد مر بيانه عند قوله وما يلزم كل واحد منهما من الديون بدلا عما يصح فيه

[illegible] ابي حنيفة خلافا لصاحبه وكان حق الكلام
[illegible] التجارة عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف
[illegible] المال وان ورث احدهما مالا يصح فيه الشركة او وهب
[illegible] المفاوضة وصارت عنانا هذا لفظ القدوري في مختصره اي صارت
[illegible] مختصره **قوله** نكرة موصوفة صفتها الجملة الفعلية بعده قال في شرح الطحاوي ولو
[illegible] احدهما مالا بالميراث او بالهبة او بالوصية او بالصدقة فانه ينظر ان كان ذلك
المال مما لا يقع عليه عقد الشركة لم تبطل المفاوضة وان كان مما يقع عليه عقد الشركة
لم تبطل ايضا حتى يصل الى يده فاذا وصل الى يده بطلت المفاوضة وصارت شركتهما عنانا
في جميع التجارات لان الاصل ان المفاوضة اذا فسدت صارت عنانا وكذلك لو كان راس
مال احدهما دراهم وراس مال الاخر دنانير وقيمتهما سواء ثم ازدادت قيمة الدنانير او انتقصت
قبل الشرا بالدنانير فسدت المفاوضة لان الدنانير باقية على ملك صاحبها فلما ازدادت
او انتقصت فقد زال مال احدهما ولو ازدادت او انتقصت بعد الشرا بها فانه لا يوجب
فساد المفاوضة لان المشتري بالدنانير صار بينهما نصفين فلا يعتبر قيمة الدنانير بعد
ذلك وقد مر مثل هذا البيان عند قوله فلا بد من تحقيق المساواة فتطرقه **قوله**
وان ورث احدهما عرضا فهو له ولا تفسد المفاوضة وكذا العقار زوال العقار حكمه
في الارث حكم العرض لا يفسد به المفاوضة ذكر هذا تفريعا لمسئلة القدوري قال
الولوالجي في فتاواه وان ورث عرضا او ديونا لم تبطل ما لم تقبض الديون لانه لا يصلح
راس المال في الابتدا فلا يبطل العقد حالة البقا وقال في العيون قال ابن ابي ليلى اذا ورث
احدهما مالا فهو بينهما وقال اصحابنا هو للذي ورثه

فصل

قوله ولا تنعقد الشركة الا بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة هذا لفظ القدوري
في مختصره ونقل صاحب الهداية انها تجوز عند مالك بالعروض والمكيل والموزون
ايضا اذا كان الجنس واحدا وقال في وجيزهم والاقيس انه يجوز في كل مال يصح شركة
العنان لان المفاوضة لا تجوز عند الشافعي وقال في شرح الطحاوي وعند ابن ابي ليلى
تجوز الشركة بالعروض وقال الولوالجي في فتاواه شرط جواز شركة المفاوضة والعنان
ان يكون راس مال كل واحد منهما دنانير او دراهم حاضرا في المجلس او غائبا عن المجلس والمال
وقت العقد ليس بشرط صحة الشركة بل الشرط وقت الشرا حتى لو دفع الف درهم الى
رجل وقال اخرج مثلها واشتر وبع فما ربحت فهو بيننا ففعل صحة الشركة لقيام الشركة
عند المقصود وجه قول مالك ان النقود تنعقد بها الشركة لان راس المال معلومة
فكذلك العروض ونحوها مما ليس بنقد لانها معلوم قيمتها بخلاف المضاربة فانها لم تجز
بالعرض نحو هذا لان القياس يابي جوازها لان فيها ربح ما لم يضمن لان المال ليس بمضمون
على المضارب بل هو امانة في يده فتصرف المضارب على مورد الشرع وهو الدراهم
والدنانير ولنا ان الشركة لو صحت في العروض ادت الى اباحة ربح ما لم يضمن وانه
لا يجوز لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك وهذا لانه لو جازت في العروض فباع
احدهما عروضه باضعاف قيمته والاخر بمثل قيمته فاشتركا في الربح ياخذ الذي باع عروضه
بمثل قيمته من ربح مال صاحبه فيكون ذلك له ربح ما لم يضمن وما لم يملك بخلاف النقدين

فانها

فان ما يشتري كل واحد منهما براس المال لا
يتعلق بمثله دينا في الذمة فيتحقق شرط طيبه
نقول ان من اشترى بعرض عنده او عين له لا
عنه ان سلم تم البيع وان لم يسلم وهلك في يده بطل البيع [illegible]
صاحبه يكون ربح ما لم يضمن وانه حرام واما النقدان فلا يتعينان [illegible]
في الذمة فكان ربح ما يضمن وعلل صاحب التحفة بقوله لان الشركة تقتضي [illegible]
والتوكيل على الوجه الذي تضمنته الشركة لا يصح في العروض فانه لو قال لغيره بع
عرضك على ان ثمنه بيننا لم يصح وقال لرجل اشتر بالف من مالك على ان ما اشتريته بيننا
وانا اشتري بالف من مالي على ان ما اشتري بيننا جاز ذلك فلهذا افترقا وبهذا يعني ما قال صاحب
الهداية بقوله ولو باع احدهما ماله على ان يكون الاخر شريكا في ثمنه لا يجوز وشرا احدهما
شيا بماله على ان يكون المبيع بينه وبين غيره جائز واما الفلوس النافقة فلم يذكر القدوري
بها خلافا في مختصره بل الحقها بالدراهم والدنانير بلا ذكر الخلاف وقال الحاكم الشهيد في مختصره
ولا يجوز الشركة الا بالدراهم والدنانير والفلوس ولم يذكر فيها خلافا ايضا وذكر الشيخ
ابو الحسن الكرخي في مختصره والاموال التي تصح بها عقد الشركة الدراهم والدنانير في
قولهم جميعا ثم قال وقال ابو يوسف ومحمد تصح بالفلوس ايضا وقال في الشامل في قسم
المبسوط تجوز الشركة بالفلوس لانها لا تتعين في العقود وعن ابي يوسف لا تصح وهو رواية
عن ابي حنيفة لانها مبيع تارة وثمن اخرى فاشبه المكيل والتبر والحلي الى هنا لفظ الشامل
وقال الفقيه ابو الليث في كتاب العيون روى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة قال المضاربة
بالفلوس جائزة وروى الحسن بن ابي مالك عن ابي يوسف عن ابي حنيفة قال المضاربة بالفلوس
جائزة وروى الحسن بن ابي مالك عن ابي يوسف عن ابي حنيفة انه قال لا يجوز وقال في كتاب
الرقيات لا تجوز المضاربة بالفلوس في قول ابي يوسف وتجوز في قول محمد الى هنا لفظ كتاب
العيون وقال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي ولو كان راس مال احدهما فلوسا لم تجز
الشركة عند ابي حنيفة وابي يوسف لان الفلوس انما صارت ثمنا باصطلاح الناس وليس
بثمن في الاصل وهم لم يتعاملوا ان يجعلوها راس مال الشركة وعند محمد يجوز وهو قول
ابي يوسف الاول لان الفلوس عنده ثمن على كل حال وقال صاحب الهداية قالوا هذا قول
محمد اي قال المتاخرون هذا الذي ذكره القدوري في جواز الشركة بالفلوس النافقة
هو قول محمد استدل عليه بمسئلتين احدهما ان الفلوس لا تتعين بالتعيين والثانية لا يجوز
بيع الفلسين بفلس عند محمد اذا كانا عينين فعلم ان الفلوس عنده كالنقود فتجوز الشركة بها
وعندهما تتعين بالتعيين ويجوز بيع الاثنين بواحد فاشبهت العروض لان ثمنيتها باصطلاحه
لا تبقى على حال بل تتبدل وقتا فوقتا فتكون سلعة بخلاف النقود وجه قول محمد ان الثمنية
تثبت باصطلاح الكل فلا تبطل باصطلاحهما وتبقى كما كانت واذا بقيت الثمنية تثبت باصطلاح
الكل فلا تبطل باصطلاحهما وتبقى كما كانت واذا بقيت الثمنية لا تتعين بالتعيين ولا يجوز بيع
الاثنين بواحد لا يقال المراد من قوله ولا تنعقد الشركة المفاوضة بدليل قوله بعد
ورقة ولا تصح الا بما بينا ان المفاوضة تصح لانه اذا لم يكن المراد من المذكور اولا شركة
المفاوضة يلزم التكرار في باب شركة العنان والاصل عدم التكرار لانا نقول لا فايدة

[illegible] ان الا بالمال المذكور ولو كان مراد القدوري م
[illegible] ـه انها وصفة بل صرح بالشركة حتى يشمل النوعين جميعا م
[illegible] ال ولا تنعقد الا بما بينا ان المفاوضة لا تصح به لان كلامه
[illegible] كذلك الحكم عند ذكر العنان لئلا يتوهم متوهم ان حكم
[illegible] مختصر قوله ويتم به قوله لانعيا بهما قيد بالعين لان بيع الفلسين بفلس واحد نسيئة
[illegible] لان احد وصفي الربا لا يحرم النسا قوله ويروى عن ابي يوسف مثل قول محمد
يعني لا يجوز بيع الفلسين بفلس واحد وهو قول ابي يوسف اولا وقد ذكرنا انفا عن شرح
الطحاوي قوله والاول اقيس واظهر اي قول ابي يوسف مع ابي حنيفة اقيس وهذا
لان ابا يوسف جوز بيع الفلسين بفلس واحد اذا كانا عينين كابي حنيفة وجعل الفلوس م
كالعروض فلما كان مذهبه في مسئلة البيع كمذهب ابي حنيفة كان مذهبه كذلك ايضا في
مسئلة الشركة لان العروض لا تصلح راس مال الشركة والمضاربة قوله وعن ابي حنيفة
صحة المضاربة بها اي بالفلوس وهو رواية الحسن وقد ذكرناه انفا عن كتاب العيون م
والفلوس النافقة اي الرائجة قال في الجمهرة النفاق ضد الكساد من نفق ينفق فهو نافق
قوله قال ولا يجوز بما سوى ذلك الا ان يتعامل الناس بالتبر والنقرة فيصح الشركة بهما
اي قال القدوري في مختصره قال صاحب الهداية هكذا ذكر في الكتاب اي في كتاب مختصر
القدوري وقال الحاكم الشهيد في كتاب الشركة من مختصر الكافي والتبر من الذهب والفضة
والحلي المصوغ منهما بمنزلة العروض في ذلك وقال الطحاوي في مختصره ولا تجوز الشركة
بالاموال التي تتعين للعقد كتبر الذهب والفضة ومصوغهما وتبرهما وما سوى ذلك من
العروض والحيوان الذي يتعين لعقود المبادلات وقال الصدر الشهيد في كتاب المضاربة
من الجامع الصغير ولا تكون المضاربة الا بدراهم او دنانير وكذلك الشركة لان غيرهما
المصروف يتعين بالتعيين فيؤدي الى ربح ما لم يضمن ولا تكون ثمنا قبل ذهبا او فضة م
لانها سلعة في هذه الرواية فتتعين بالتعيين فيؤدي الى ربح ما لم يضمن وقال في كتاب الصرف
النقرة لا تتعين بالتعيين فعلى قياس تلك الرواية تصح المضاربة والشركة بها الى هنا لفظه
رحمه الله ونقل صاحب خلاصة الفتاوى عن نسخة الامام السرخسي ان الشركة انما تصح
بالدراهم والدنانير والتبر لا يصلح راس مال الشركات في ظاهر الروايات وفي رواية كتاب
الصرف التبر كالنقود ثم قال والمعتبر فيه العرف حتى لو كانت في بلد المبايعة بينهم بالتبر فهو
كالنقود وقال في كفاية البيهقي واما التبر ففيه روايتان ثم قال وقيل مداره على التعامل وان
تعاملوا به فهو كالاثمان تصح الشركة والا فكالعروض فلا تصح فاقول وجه ما قال في
كتاب الصرف ان الذهب والفضة خلقا ثمنين في الاصل فكان التبر والنقرة كالدراهم
والدنانير فلم يتعينا بالتعيين فصحت الشركة والمضاربة بهما ووجه ما قال في الجامع
الصغير ان الذهب والفضة خلقا للتجارة والتصرف لا للتثمنة بدليل ان الحلي والاواني
المصوغة منهما ليست باثمان مع قيام الخلقة وانما التثمنة بالصنعة المخصوصة والضرب
المخصوص بحيث لا يصرف الذهب والفضة عند وجود الضرب الى شيء اخر ظاهرا وغالبا
اما التبر والنقرة فليسا كذلك لانهما يصلحان لانواع الصياغة فلا يصيران ثمنين فلما لم يصيرا
ثمنين صارا كالعروض فلم يصح بهما الشركة والمضاربة الا اذا اجرى التعامل باستعمالها

ثمنين

ثمنين فحينئذ التعامل كالضرب فجعلا [illegible]
والفضة ما كان غير مصوغ والنقرة القطعة [illegible]
وهذا لما عرف اشارة الى ان النقرة لا تتعين با[illegible]
الا ان الاول اصح استثناء من قوله فقال لتلك الروا[illegible]
الصرف من المبسوط تصلح النقرة راس المال في ا[illegible]
رواية الجامع الصغير اصح وهي انها لا تصلح را[illegible] الشر[illegible]
انفا قوله الا ان يجري التعامل باستعما[illegible] استثناء من قو[illegible]
ان الاول وهو رواية الجامع الصغير وهي ان النقرة لا تصلح راس مال الشر[illegible] اصح الا
اذا اجري التعامل باستعمال النقرة ثمنا فحينئذ تصلح راس مال الشركة قوله ثم قوله
ولا يجوز بما سوى ذلك يتناول المكيل والموزون والعددي المتقارب اي قول القدوري
في مختصره ولا يجوز بما سوى ذلك اي لا يجوز عقد الشركة بما سوى الدراهم والدنانير والفلوس
النافقة يتناول المكيل والموزون والعددي المتقارب وكانه قيد العددي بالمتقارب
ليظهر ثمرة الخلاف بين ابي يوسف ومحمد عند اشتراط التفاضل في الربح مع استواء المالين
اذا خلطا والا فليس فيه كثير فائدة لانه لا يجوز عقد الشركة بالعددي متقاربا كان او
غير متقارب الا نرى الى ما قال الكرخي من اول كتاب الشركة من مختصره قال ما بعد ذلك
من سائر الاموال مما يكال ويوزن او يعد او يكال ولا يوزن ولا يعد فان عقد الشركة
لا يصح بها وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد رحمهم الله الى هنا لفظ الكرخي اعلم
ان المكيل او الموزون او العددي لا يجوز عقد الشركة به قبل الخلط باتفاق اصحابنا
جميعا وهو معنى قول صاحب الهداية ولا خلاف فيه بيننا قبل الخلط قال الحاكم الشهيد في
الكافي اذا لم يخلطاه فليس بشريكين ولكل واحد منهما متاعه له ربحه وعليه وضيعته م
وقال في المختلف فان خلطا ثبت بينهما شركة ملك فاذا باعا فالربح والوضيعة بينهما على
قدر ماليهما كسائر الاعيان المشتركة فلو خلطا ثم اشتركا فعن ابي يوسف انه لا يجوز
الشركة يعني شركة العقد فلا يجوز اشتراط فضل الربح وعند محمد انه يجوز الشركة
بعد الخلط يعني شركة العقد وقال الكرخي في مختصره وقال ابو يوسف ذلك لا يجوز
ولكل واحد منهما مما اشتركا قدر قيمة متاعه فان كانت القيمة سواء فهو نصفان وان
كانت مختلفة فعلى حساب ذلك ولم يبين ان اعتبار القيمة يوم البيع او يوم الخلط فقال
في الشامل في قسم المبسوط فان باعاه بعد الخلط فالثمن بينهما على قدر قيمة متاع كل
واحد يوم خلطاه مخلوطا ثم قال والصحيح ان يقوم يوم باعاه لان الحق انتقل الى البدل
بالبيع فيعتبر قيمته يوم البيع كقيمة المتلف يوم الاتلاف فان كان احدهما زاده الخلط
خيرا يضرب بقيمته يوما يقتسمون غير مخلوط فقال قبل الصواب يوم البيع بقيمته غير
مخلوط وقال في الكفاية يعتبر القيمة يوم القسمة فيما له مثل كالمكيل والموزون والمعدود
الذي لا يتفاوت وفيما لا مثل له يوم الشراء لانه لا يجوز ان يثبت مثله في المال لانه
لا مثل له فيعتبر يوم الشراء والمثلي وجب مثله في المال ثم وجه قول محمد في جواز
شركة العقد بعد الخلط ان المكيل والموزون عرض من وجه بدلالة ان كلا منهما
يتعين بالتعيين وثمن من وجه من حيث ان الشراء به دينا في ذمته صحيح فلشبهه العرض

[illegible] ـد الخلط عملا بالشبهين بخلاف العرض
بر فيها [illegible] بعد الخلط ايضا ووجه قول ابي يوسف ان شرط
[illegible] لا يتعين بالتعيين وما نحن فيه يتعين بالتعيين
[illegible] المال كما لا تنعقد قبل الخلط والجامع التعيين قبل
[illegible] عنه ببقال وصنع التاجر ووكس في سلعته بوضع
في مختصره قوله [illegible] وجل يوجل ذكره في الجمهرة قوله ولو
[illegible] والشعير [illegible] والسمن فخلطا لا ينعقد الشركة بالاتفاق
اي لو اختلف المالان جنسا ثم خلطا ما [illegible] ينعقد الشركة ذكر هذا تفريعا لما تقدم من
بيان مسئلة القدوري لانه اثبت اولا ان الشركة لا تنعقد قبل الخلط في المكيل والموزون
والعددي المتقارب بلا خلاف بين اصحابنا ثم اثبت الخلاف بين ابي يوسف ومحمد ان الشركة
هل تنعقد بعد الخلط ام لا وذاك فيما اذا كان المالان من جنس واحد اما اذا كانا
جنسين كالحنطة والشعير والزيت والسمن فقال لا تنعقد الشركة بالاتفاق ومحمد
يحتاج الى الفرق لانه يقول بانعقاد الشركة بعد الخلط في جنس واحد ولا يقول
بانعقادها اذا انعقدت عقد الشركة بعد الخلط في جنسين وفرقه ان المخلوطين من
جنس واحد مثلي بدليل ان المتلف يضمن المثل بخلاف المخلوطين من جنسين فانهما من
ذوات القيم بدليل ان المتلف يضمن القيمة كالعروض فيتمكن الجهالة لانه لا يمكن وصول
كل واحد منهما الى عين حقه من راس المال قبل القسمة فلم تنعقد الشركة للجهالة بخلاف
الجنس الواحد فان كل واحد منهما يمكن ان يصل الى عين حقه من راس المال قبل القسمة
باعتبار المثل فانعقدت الشركة لانقطاع الجهالة قوله واذا لم يصح الشركة فحكم الخلط
قد بيناه في كتاب القضا اراد بها شركة العقد يعني ان شركة العقد لا تنعقد اذا عقداها
بعد الخلط في جنسين اما شركة الملك فتثبت لا محالة لاختلاط المالين برضى صاحبيهما ومعنى
قوله فحكم الخلط قد بيناه في كتاب القضا يعني ان الحنطة اذا كانت وديعة عند رجل فخلطها
الرجل بشعير نفسه ينقطع حق المالك الى الضمان وكذا اذا خلط المودع الخل الوديعة
بزيت نفسه وقوله بيناه في كتاب القضا فيه نظر لان صاحب الهداية لم يذكر حكم الخلط
فيه بل ذكره في كتاب الوديعة وانما ذكروا حكم الخلط في كتاب القضا في شروح الجامع الصغير
والله اعلم بصحة ما قال الا اذا قيل انه بينه في كتاب المنتهى فله وجه ان صح ذلك قوله
قال واذا اراد الشركة بالعروض باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الاخر ثم عقد
الشركة اي قال القدوري في مختصره وهذه حيلة في تجويز عقد الشركة بالعروض وبه
صرح في شرح الطحاوي وهذا لانه قال اولا ولا تنعقد الشركة الا بالدراهم والدنانير
والفلوس النافقة فكان الامر مضيقا على الناس ثم ذكر الحيلة في تجويز عقد الشركة
بالعروض توسعة على الناس وتيسيرا فقال واذا اراد الشركة بالعروض باع كل واحد
منهما نصف ماله بنصف مال الاخر ثم عقد الشركة ولا شك ان الظاهر من كلام القدوري
هو شركة العقد لا شركة الملك لانه قال عقد الشركة فقال صاحب الهداية وهذه
شركة ملك وعلل بقوله لما بينا ان العرض لا يصلح مال الشركة وهذا عجيب من صاحب
الهداية وبعيد وقوعه من مثله نصا وتحقيقا اما النص فقد ذكر في المبسوط ولو كان

لاحدهما

لاحدهما عروضا وللاخر دراهم فباع
وتقابضا واشتركا شركة عنان او مفاو[illegible]
عروض فباع هذا نصف العروض بنصف [illegible]
ان شاء مفاوضة وان شاء عنانا وقد نص الح[illegible]
بضاعة المفاوض على هذا فقال فان باعه [illegible]
ثم اشتركا شركة مفاوضة او شركة عـ[illegible] جاز ذلك [illegible]
وقد اطلق المفاوضة والعنان في هذه الشـ[illegible]كة [illegible]
الملك وقال ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي قال محمد ان اراد الشركة في
العروض باع كل واحد منهما نصف عروضه بنصف عروض الاخر وتقابضا حتى
يصير ذلك كله بينهما ثم يشتركان بعد ذلك فيكون الشركة جائزة قال ولو اشتركا
هكذا مفاوضة جاز حكى ذلك ابو الحسن رحمه الله ثم قال ابو بكر الرازي وانما جازت
لانهما صارا شريكين في المال شركة ملك فيها ولا يحتاج عند القسمة الى اعتبار القيمة لان
جميع ما يحصل من الثمن يكون بينهما نصفين الى هنا لفظ ابي بكر رحمه الله واما التحقيق
فنقول انما لم يصلح العرض راس مال الشركة قبل البيع لانه يفضي الى ربح ما لم
يضمن وقد حققناه في اول هذا الفصل بخلاف ما اذا باع كل واحد نصف
ماله بنصف مال الاخر حيث يجوز عقد الشركة لان نصف مال كل واحد منهما
يكون مضمونا على الاخر بالثمن فكان الربح الحاصل ربح مال مضمون فافترقا وقيل
الفرق ان فساد العقد قبل البيع لجهالة راس المال وقت القسمة لان العروض
لا تتبع بعد التصرف فيجب افراد راس المال وقت القسمة باعتبار القيمة والقيمة تعرف
بالحزر والظن فكان مجهولا وجهالة راس المال وقت القسمة توجب جهالة في الربح
وهذا المعنى معدوم ههنا لان وقت القسمة لا يحتاج الى تقويم راس مالهما لتمكنهما
من قسمة المشترى لان المشترى يكون مقسوما بينهما على قدر ملكيهما في العروض فيعرف
قدر ملكيهما في المشترى من غير تقويم راس المال اما قبل البيع ربما يصير عرض
احدهما اكثر قيمة او اقل قيمة يوم القسمة فتمس الحاجة الى التقويم يوم القسمة
فيودي الى ما ذكرنا قوله وهذا وبه اذا كانت قيمة متاعيهما على السواء اي
انما قيل ما قال القدوري من بيع نصف عرض احدهما بنصف عرض الاخر فيما اذا
كان المتاعان سواء ولو كان بينهما تفاوت يبيع صاحب الاقل بقدر ما تثبت به الشركة
مثل ان يكون قيمة عرض احدهما اربع مائة وقيمة عرض الاخر مائة يبيع صاحب
الاقل اربعة اخماس عرضه بخمس عرض الاخر فيكون الربح الحاصل من المالين
ربح مال مضمون على كل واحد منهما فيطيب قوله قال واما شركة العنان فتنعقد
على الوكالة دون الكفالة اي قال القدوري في مختصره هذا عطف على قوله واما
شركة المفاوضة في اوايل كتاب الشركة وانما انعقدت على الوكالة تحقيقا
للمقصود من الشركة وهو تحصيل الربح بالتصرف وذلك لا يكون في مال الغير
الا بوكالة فتثبت الوكالة وقد مر بيان هذا مرتين مرة عند قوله والضرب
الثاني شركة العقود واخرى عند قوله وتنعقد على الوكالة والكفالة فينظر

ملا على صاحبه ويبيع بالنقد والنسية ويشتري
[illegible] يشتري بكيل او موزون فاشتري بذلك شيا جاز والكل
[illegible] ثمنه المال وهذا طريق صالح وعن ابي حنيفة انه
[illegible] في الربح والاخر لم يرض به ولاحدهما ان يوكل بالبيع
[illegible] في تساويه وانما لم تنعقد شركة العنان على الكفالة
[illegible] مختصر قوله وبهذا وانما يثبت الكفالة في المفاوضة تحقيقا لمعنى المساواة التي دل عليها
[illegible] اذا عرض سمي به لانه شي عرض في هذا العقد لا على
العموم على الوكالة والكفالة وقيل انه ماخوذ من عنان الدابة لان الفارس يمسك العنان باحدى يديه
ويتصرف بالاخرى فكذلك الشريك هنا شارك في بعض ماله وانفرد بالباقي ثم عقد شركة العنان
قد يكون عاما وقد يكون خاصا اما العام فهو ان يشتركا في جميع انواع التجارات واما الخاص فهو
ان يشتركا في شي خاص كالدقيق او الثياب او الحنطة وغيرها وهذا معنى قوله وهو ان يشتركا
في نوع بز او طعام او يشتركان في عموم التجارات قوله او يشتركان عطف على سبيل القطع
تقديره او هما يشتركان قوله كما بينا اشارة الى قوله في اول كتاب الشركة وشرطه ان يكون
التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق
حكمها المطلوب منه قوله ويصح التفاضل في المال هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان العنان
لا يقتضي المساواة فجاز التفاضل قوله ويصح ان يتساويا في المال ويتفاضلا في الربح هذا لفظ
القدوري رحمه الله في مختصره قال في المختلف قال زفر والشافعي لا يجوز اشتراط المساواة في الربح
والمال لا على التفاوت ولا على العكس وعندنا يجوز وقال في الاسرار اذا شرطا التفاضل في الربح
مع التساوي في المال يصح وكذلك اذا شرطا التساوي في الربح مع التفاضل في المال وقال
زفر والشافعي الربح على قدر راس المال وجه قولهما ان التفاضل في الربح مع التساوي في المال
يقتضي الى ربح ما لم يضمن وانه لا يجوز بالحديث وذلك لان استحقاق احدهما زيادة الربح بلا ضمان
لان الضمان بقدر راس المال ولان الربح احد موجبي عقد الشركة فيتقسط على مقدار راس
المال كالوضيعة ولنا ما روى اصحابنا في كتبهم عن علي رضي الله عنه انه قال الربح على ما اشترط
العاقدان والوضيعة على قدر المال ولانه عقد يقصد به الربح فجاز استحقاق الربح فيه بالعمل
كالمضاربة ثم العمل قد يقع من احدهما اكثر من الاخر ولا يرضى بالتسوية في الربح فلا بد من القول
بصحة التفاضل في الربح ولان صاحب اكثر المال لا يصبر كانه قال للاخر اعمل انت في مالك والربح
لك وانا اعينك فيه واعمل انت ايضا في مالي على ان لك ربح ربحه وانا اعينك ايضا فيه ويكون بمعنى
المضاربة فيصح على هذا الوجه قال قوله اذا كان هذا العقد في
معنى المضاربة ينبغي ان يبطل العقد لان اشتراط العمل على رب المال في المضاربة يبطل العقد
قلنا المال في المضاربة امانة في يد المضارب وانما
يتم الامانة اذا اثبت التخلية بينها وبين الامين واشتراط العمل على رب المال ينافي التخلية فيبطل
العقد لهذا بخلاف الشركة فان كل واحد من الشريكين كالاجير في مال صاحبه حيث يستحق بعمله
في مال صاحبه وجاز للرجل ان يستاجر اجيرا ليعينه على عمله فكذا جاز اشتراط العمل على رب
المال في الشركة قال قوله اذا شرط جميع الربح لاحدهما لا
يجوز فكذا اذا شرط الفضل والجامع العدول بالربح عن التقسيط على قدر المال قلنا

اذا اشترط جميع الربح لاحدهما لا يجوز [illegible]
على قدر المال قلنا
خرج العقد عن موضوع الشركة وليس كذلك اذا [illegible]
فظهر الفرق ويبطل القياس ولهذا قلنا اذا اشترط [illegible]
لانه لا يخلو من احد الامرين اما ان يشترط الربح [illegible]
وفي الثاني قرضا وهذا معنى قوله لانه يخرج العقد [illegible]
باشتراطه للعامل او الى بضاعة باشتراطه لرب المال [illegible]
في الموضعين جميعا والجواب عن قولهما ان الوضيعة [illegible] موجبي الشركة فنقول [illegible] نسلم [illegible]
ليست بمقصودة بالشركة فلما لم تكن مقصودة بها كانت على قدر راس المال بخلاف الربح فانه
مقصود بالشركة فلما ظهر الفرق فسد القياس قال صاحب التحفة ثم لا شك انهما اذا شرطا الربح
بينهما نصفين جاز بالاجماع اذا كان راس مالهما على السوا سواء شرطا العمل عليهما او على احدهما لان
استحقاق الربح بالمال او بالعمل وقد وجد التساوي في المال وان شرطا الربح بينهما اثلاثا فان
كان العمل عليهما جائز ايضا لان فضل الربح لمن كان راس ماله اكثر او اقل لانه لا يجوز ان يكون به
زيادة حذاقة فيكون الربح بزيادة العمل وان شرطا العمل على احدهما فان شرطا العمل على
الذي شرطا له فضل الربح جاز لانه عامل في ماله وربحه له وعامل في مال شريكه ببعض
ربحه والربح يستحق بالعمل وان شرطا العمل على اقلهما ربحا خاصة لا يجوز لان هذا اشتراط لزيادة
الربح بغير عمل ولا ضمان والربح لا يستحق الا بمال او عمل او ضمان ولا نعني بقولنا الا بعمل وجوده
بل شرط الاجر شرط العمل الى هنا لفظ التحفة قوله للشركة في الاصل اي في اصل المال
قوله وهذا العقد يشبه المضاربة الى اخره هذا جواب لقول زفر والشافعي ان التفاضل
في الربح مع تساوي المال يودي الى ربح ما لم يضمن بطريق التسليم بانه ان هذا العقد اي
شركة العنان لو شبه بالمضاربة وشبه بشركة المفاوضة اما الاول فاعتبار العمل لان كل
واحد من الشريكين يعمل في مال صاحبه كالمضارب يعمل في مال رب المال واما الثاني فباعتبار
الاسم والعمل ايضا اما الاسم فلان كل واحد من العنان والمفاوضة يسمى شركة واما العمل فلان
شريك العنان يعمل في نصيب صاحبه كالمفاوض فعملنا بالشبهين فقلنا صح اشتراط الربح من
غير ضمان لشبه المضاربة ولم يبطل العقد باشتراط العمل على صاحب المال لشبه الشركة
وهذا حاصل معنى كلام صاحب الهداية ولنا فيه نظر لانه لم يجوز عقد الشركة بالعروض
قبل هذا لانه يودي الى ربح ما لم يضمن فلو كان يجوز ربح ما لم يضمن باعتبار شبه المضاربة
لجاز ثمة ايضا لحصول هذا الشبه فعلم ان فيه ضعفا والتحقيق ما اسلفناه اولا وهو ان
التفاضل انما جاز باعتبار العمل لان الربح مستحق باحد الاشياء الثلاثة بالمال او بالعمل او
الضمان وقد حصل العمل هنا كما في المضاربة قوله فانهما يعملان اي ان الشريكين يعملان
كل واحد منهما في نصيب صاحبه قوله ويشبه الشركة اي عملنا بشبه الشركة قوله قال
ويجوز ان يعقدها كل واحد منهما ببعض ماله دون البعض اي قال القدوري في مختصره اي يجوز
ان يعقد شركة العنان كل واحد من الشريكين ببعض ماله دون البعض بان يكون له مال
اخر ما يجوز عليه الشركة سوى المال الذي اشتركا فيه وذلك لان المساواة في العنان ليست
بشرط لانه لا دلالة فيه عليها قوله ولا تصح الا فيما بينا ان المفاوضة تصح به هذا لفظ القدوري

[illegible] عقد الشركة الا بالدراهم والدنانير
[illegible] يشترى الى [illegible] ضمن وهو المراد من قوله
[illegible] قوله ويجوز ان يشتركا ومن جهة احدهما
[illegible] قال القدوري رحمه الله قال صاحب الهداية وكذا من
[illegible] كذا يجوز ان يشتركا من احد الشريكين دراهم ومن
[illegible] في مختصره قوله [illegible] وانما [illegible] سرار وكذلك الصحاح والمكسرة خلافا لزفر والشافعي
[illegible] ولا [illegible] عن المال فلا ينعقد بهما الشركة قياسا على الدراهم مع العروض
ولنا انهما لان من جنس الاثمان [illegible] بهما الشركة كما اذا كانا من جنس واحد وفي صفة
واحدة بخلاف الدراهم مع العروض لان احد البدلين ليس من جنس الاثمان ولان اول هذا
العقد توكيل في التصرف واخره اشتراك في الربح فلم يشترط الاتحاد في المال ولا الخلط
كما في المضاربة فلو قال زفر ان الشركة في الجنسين تودي الى جهالة الربح لان راس المال
عند القسمة يستوفى بالقيمة وهي مجهولة فلا تصح الشركة كالعروض قلنا لا نسلم الجهالة لان
كل واحد منهما يمكنه ان يستوفي راس ماله بعينه من غير قيمة بخلاف العروض فظهر الفرق
قوله ولا يتحقق ذلك اي الخلط قوله وسنبينه اي سنبين اشتراط الخلط في جوازه
الشركة عند زفر والشافعي وعدم اشتراطه عندنا قوله وتجوز الشركة وان لم يخلط المال
قوله قال ومن اشتراه كل واحد منهما للشركة طولب بثمنه دون الاخر اي قال القدوري
في مختصره وهذا لما ان شركة العنان تنعقد على الوكالة دون الكفالة فلا يكون كل واحد منهما
كفيلا عن الاخر فلما كان انعقادها على الوكالة كان المشتري واقعا لنفسه في البعض بطريق الاصالة
ولشريكه في البعض الاخر بطريق الوكالة والعاقد في الشرا هو المطالب بالحقوق فلهذا توجه
المطالبة اليه دون شريكه قوله قال ثم يرجع على شريكه بحصته منه اي قال القدوري
ثم يرجع الذي اشترى على شريكه من الثمن يعني اذا قضى المشتري الثمن من مال نفسه لا من مال الشركة
لانه وكيل في نصيب صاحبه والوكيل اذا ادى الثمن من مال نفسه يرجع على الموكل فكذا هنا
ثم اذا كان لا يعرف ادا الثمن من مال نفسه لا من مال الشركة الا بقوله فعليه اقامة البينة على
ذلك وان عجز عن ذلك فالقول لصاحبه مع يمينه قوله قال واذا هلك مال الشركة او احد
المالين قبل ان يشتريا شيا بطلت الشركة اي قال القدوري في مختصره وهذا لان هلاك المال
بفوت المعقود عليه فاذا فات المعقود عليه لا يبقى العقد كما في البيع وانما يفوت المعقود عليه
بفوات المال لان المال هو النقود في الشركة تتعين وان كانت لا تتعين في سائر المعاوضات
عندنا خلافا لزفر والشافعي ثم بطلان الشركة عند هلاك المالين ظاهر وكذا اذا هلك احد
المالين قبل وجود التصرف لان الشركة لما بطلت في الهلاك تبطل فيما يقابله لان صاحبه
لم يرض بشركة في ماله الا بشرط ان يشركه هو في ماله ايضا وقد عدم هذا الشرط بهلاك احد
المالين فبطلت الشركة في المالين جميعا ثم الهالك يهلك من مال صاحبه حتى لا يرجع بنصفه
الهالك على الشريك الاخر لانه لم يهلك على الشركة حتى بطلت الشركة بهلاك المال وهذا ظاهر
اذا هلك في يد صاحبه وكذا اذا هلك في يد الاخر لان المال في يده امانة فلا ضمان على الامين
بخلاف ما اذا هلك بعد الخلط لانه يهلك على الشركة لعدم التمييز ثم قول صاحب الهداية بخلاف
المضاربة والوكالة المفردة لانه لا يتعين الثمان فيهما بالتعين وانما يتعينان بالقبض فيه نظر

لان

لان النقود تتعين في [illegible] المضاربة والوكالة [illegible]
التسليم بطلتا نص على [illegible] اذا دفع [illegible]
فان النقود فيها لا تتعين قبل التسليم اما بعده [illegible]
في شرح الزيادات في رجل وكل رجلا بان يشتري
بالالف درهم التي في هذا الكيس فاشترى بها له [illegible]
او اقل من الف او لا شي فيه فان الشرا ينفذ على الموكل
فاعتبرت الوكالة بالشرا بعقد الشرا لما كان وسيلة [illegible] النقود [illegible] كالحر
تتعين في الوكالة بخلاف المضاربة والشركة فانها تتعين حتى اذا هلكت قبل التسليم بطلت
المضاربة والشركة بخلاف الوكالة لان المقصود من الشركة الاشتراك والربح والتصرف
من ثمراته فلم يجب بالشرا او البيع بل اعتبر بنفسه وهو بنفسه ليس بمعاوضة لكنه يشبه الهبة
فتتعين النقود فيها فاما اذا اتصل التسليم في الوكالة فقد قال بعض مشايخنا يتعين فيها النقود
وقال بعضهم لا يتعين الى هنا لفظ فخر الاسلام قوله والوكالة المفردة احتراز عن
١٤٢ الوكالة الثابتة في ضمن عقد الشركة وفي ضمن عقد الرهن فان النقود تتعين فيها قوله
الثمنان اراد بهما الدراهم والدنانير قوله فيجعل الهالك من المالين اي يجعل الهالك كالكامن
المالين قوله وان اشترى احدهما بماله وهلك مال الاخر قبل الشرا فالمشترى بينهما على ما شرطا
هذا لفظ القدوري رحمه الله في مختصره وذلك لانه اشترى حين كانت الشركة قائمة بينهما فوقع
الملك بينهما ثم هلاك مال الاخر بعد ذلك لا يغير حكم الملك ثم اختلف محمد والحسن بن زياد فقال
محمد هي شركة عقد حتى ايهما باعه جاز وقال الحسن شركة ملك حتى لا يجوز لاحدهما ان يتصرف
في نصيب الاخر وجه قول الحسن ان الشركة التي عقداها ارتفعت بهلاك مال الاخر وانما بقي
ما هو حكم الشرا وهو الملك فلم يجز لاحدهما ان يتصرف في نصيب الاخر ووجه قول محمد ان هلاك
احد المالين وقع بعد ما حصل المقصود من الشركة بالمال الاخر وهو الشرا فتمت الشركة في
المشترى وان كانت مرتفعة في الهلاك ثم هلاك المال الاخر بعد تمام الشركة لا يغير حكمها فجاز
تصرف كل في نصيب الاخر ثم لما كان المشتري بينهما قال القدوري يرجع على شريكه بحصته من ثمنه
اي بحصة الشريك من ثمن المشترى وذلك لانه اشترى حصة الشريك بالوكالة منه وقد قضى
نصيب الشريك من مال نفسه والوكيل اذا قضى الثمن من مال نفسه يرجع على الموكل فكذا هنا هذا
الذي قلنا فيما اذا اشترى احدهما بماله ثم هلك مال الاخر اما اذا هلك احد المالين ثم اشترى الاخر
بماله فلا يخلو من احد الامرين اما ان تكون الوكالة مصرحا بها او ثابتة في ضمن عقد الشركة
فالاول مثل ان يشتركا على ان ما يشتريه كل واحد منهما فهو بينهما والربح بينهما نصفين او
اثلاثا والثاني مثل ان يشتركا على ان يشتريا ويبيعا فما كان من ربح فهو بينهما نصفين او اثلاثا في
الوكالة المصرح فما يكون المشتري بينهما بحكم الوكالة المقصودة لا بحكم عقد الشركة لان الشركة
بطلت بهلاك احد المالين فبقيت الوكالة المقصودة فكان الشرا واقعا لهما والملك بينهما على
ما شرطا ويرجع على شريكه بحصته من الثمن فيكون الشركة ملك لا يجوز لاحدهما ان يتصرف
في نصيب الاخر الا باذنه عن الملك حصل بالوكالة والوكيل لا يتصرف في المشترى بدون
اذن الموكل فكذا هذا اما في الوكالة الثابتة في ضمن عقد الشركة يكون المشتري لمن اشتراه
خاصة لانه اشتراه عند زوال الشركة والوكالة جميعا لان الوكالة كانت ثابتة في ضمن

[illegible] ابن شرودي [illegible] ضمنها تبعا قوله وقد بيناه اشارة الى
[illegible] بان كان [illegible] يحصنه قوله لما بيناه اشارة الى قوله لانه
[illegible] ل كة عطف على قوله ان صرحا بالوكالة قوله
[illegible] المال [illegible] الشركة تبطل الوكالة الثابتة في ضمن عقد
[illegible] ل وتجوز الشركة وان لم تخلطا المال اي قال
[illegible] في مختصره قوله [illegible] وانما تبطل الشركة حتى تخلطا المالين خلطا لا يتميز احدهما من
الا [illegible] في شرح الاقطع وجه قولهما ان الربح فرع المال
ثم الشركة والفرع [illegible] يكون الا بعد وجود الشركة في الاصل الذي هو
المال ولا يكون الشركة في المال بلا خلط لان الشركة هي الخلط وانما قلنا ان المال
اصل والربح فرعه لان محل العقد هو المال والدليل على ان الربح فرع المال ان الربح يضاف
الى المال وهكذا يشترط تعيين راس المال فلما ثبت هذا الاصل وهو ان الربح فرع المال والشركة
في الفرع لا تكون الا بعد الشركة في الاصل اشترطا الاتحاد في الجنس والخلط دون التساوي
في الربح عند التساوي في المال ولم تجوز شركة التقبل لعدم المال ولنا انه عقد يقصد به
الربح فلا يكون الخلط من شرطه كالمضاربة الا ترى انه لو قال لرجل اشتر عبدا بالف على
ان يكون بيننا نصفين وقال له الاخر مثل ذلك فاشترى عبدين صار كل واحد من العبدين
مشتركا بينهما من غير خلط فاذا حصلت الشركة هنا بلا خلط فلان تجوز بلا خلط في ضمن عقد
الشركة اولى لانه كم من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا ولان الشركة في الربح فرع الشركة
في العقد لان هذا العقد اسمه شركة لانه لا يسمى بها غير ذلك من العقود كالنكاح والبيع
ونحوهما فلما حصلت الشركة في الاصل الذي هو العقد حصلت الشركة في الفرع وهو
الربح ايضا لتحقيق معنى اسم عقد الشركة فلم يشترط الخلط بيان ذلك ان عقد الشركة يوجب
التصرف لكل واحد من الشريكين في نصيب الاخر بسبيل الوكالة ثم التصرف يكون سببا للربح
فاذا حصل الربح كان مستندا الى العقد لان العقد علة الوكالة في التصرف والتصرف حكم
الوكالة علة الربح والحكم كما يضاف الى العلة يضاف الى علة العلة فكان الربح مستندا الى
العقد بهذا الطريق لا الى المال كما قال فلما صح ان الربح فرع العقد وقد حصلت الشركة
في الاصل وهو العقد بلا خلط حصلت الشركة في الفرع وهو الربح استفيد من العقد
فلم يبق اتحاد الجنس شرطا ولا الخلط ولا التساوي في الربح وصحت شركة التقبل وان لم
يوجد المال ولا نسلم ان الربح فرع المال الا ترى ان المضارب يستحق الربح بلا اشتراط
في اصل المال فان قالوا موضوع عقد الشركة خلط المالين فاذا لم يوجد الخلط لا يوجد
مقتضى العقد فيفسد كما في الصرف والسلم اذا لم يحصل مقتضاهما في المجلس وهو التقابض
قلنا لا نسلم ان موضوعه الخلط وهو عين النزاع وكيف يقال هذا والانسان لا يقصد
بالشركة مع احد ان يكون لصاحبه حق في ماله بل المقصود الشركة في الربح والاعيان
المشتراة والشركة فيهما تحصل بلا خلط فاذا لم يكن موضوعه الخلط فقد فسد القياس
فان قيل
قبل الخلط بيع المالان متميزين فلا
يصح الشركة في المتميزين كما في العروض قلنا
لا نسلم ان علة فساد الشركة في الاصل عدم التمييز بل العلة فيها انها ليست من جنس الاثمان

نفي

تفضي الى ربح ما لم يضمن بخلاف النق [illegible]
نصب بنوع الحافض اي عمالة عمله وهي اخ [illegible]
فرع المال قوله لهما اي لزفر والشافعي [illegible]
المذكور اصلا لهما قوله ولان الدراهم والد [illegible]
يتعينان في حق الاستحقاق اذا وجب الشرا [illegible]
وهو الربح اي المستفاد هو الربح قوله بدونه [illegible] دية
اي صار عقد الشركة كالمضاربة يعني ان الربح في الم [illegible] فكذلك
في عقد الشركة فلم يلزم من الاشتراك في الربح الا [illegible] في اصل المال قوله قال ولا
تجوز الشركة اذا اشترط لاحدهما دراهم مسماة من الربح اي قال القدوري في مختصره
وذلك لانه شرط يقتضي رفع عقد الشركة لانه من الجائز ان لا يكون الربح سوى القدر المذكور
فحينئذ يكون الربح لاحدهما خاصة وهو خلاف مقتضى الشركة لان مقتضاها الاشتراك في
الربح لا اختصاص واحد منهما ونقل في الفتاوي الصغرى عن شيخ الاسلام خواهر زاده
١٢٤ انه ذكر في اول المضاربة الشركة فلا تبطل بالشروط الفاسدة لان فيها معنى الوكالة والوكالة
لا تبطل بالشروط الفاسدة واذا شرط في المضاربة ربح عشرة او في الشركة تبطل لا لانه
شرط فاسد بل لانه شرط ينتفي به الشركة قال في الشامل في قسم المبسوط اشترطا على ان
يكون الوضيعة لا على قدر راس المال بل جاحدهما بالفضل الاخر بالغبن على ان يكون الربح
والوضيعة نصفين فهي فاسدة يعني الشرط فاسد لان راس المال امانة في يد الشريك والامانة
لا تضمن بالشرط كالوديعة والعقد جائز لان الشركة عقد جائز والشرط لا يلزم في عقد جائز
ولان المقصود الربح والفساد ما تعدى اليه فان عملا على هذا الشرط فربحا فالربح على ما اشترطا
لما عرف والوضيعة على قدر راس مالهما لان هلاك الامانة تكون على صاحب المال الى هنا لفظه
الشامل قوله ونظيره في المزارعة اي نظير ما قلنا من عدم جواز الشركة ثابت في
المزارعة وهو ما اذا اشترط لاحدهما قفزانا مسماة فهي باطلة لانه يقطع المشاركة في الخارج اذ
من شرط المزارعة ان يكون الخارج مشتركا بينهما لانها تنعقد شركة في الانتهاء قوله
قال ولكل واحد من المفاوضين وشريكي العنان ان يبضع المال اي قال القدوري في مختصره
وذلك لان الشركة تنعقد على عادة التجار وفي عادتهم الابضاع تجارة ولان لكل واحد من
الشريكين ان يستاجر اجيرا على عمل يحصل منه الربح فاذا كان له ولاية الاستيجار وهو اعلى حالا
من الابضاع وهو دونه كان له ولاية الابضاع ايضا لان في الابضاع يحصل الربح بلا اجر وهو
معنى قوله والتحصيل بغير عوض دونه اي دون الاستيجار فيملكه اي يملك التحصيل بغير عوض
وهو الابضاع وقوله والتحصيل بغير عوض دونه بالرفع وكذا يجوز لكل واحد من الشريكين
ان يودع مال الشركة لان عادة التجار فيما بين المسلمين جرت كذلك قال الحاكم الشهيد في الكافي
وليس له ان يعير في القياس فان فعل فاعار دابة فعطبت تحت المستعير فالقياس فيه ان
المعير ضامن لنصف قيمة الدابة لشريكه ولكني استحسن ان لا اضمنه وهذا قياس قول ابي
حنيفة وابي يوسف ومحمد وكذلك لو اعار ثوبا او خادما او دارا الى هنا لفظ الحاكم رحمه الله
قوله وقال ويدفعه مضاربة اي قال القدوري في مختصره وقوله ويدفعه بالنصب عطفا
على قوله ان يبضع وهذه رواية الاصل وروى الحسن عن ابي حنيفة انه ليس له ان يدفع المال

[illegible] العنان ان يشارك غيره لان الشركة [illegible]
[illegible] فكذا لم يجز له ان يدفعه مضاربة الا اذا
[illegible] وجه رواية الاصل ان المضاربة دون
[illegible] ولان لكل واحد من الشريكين ان يستاجر على العمل
[illegible] فكذلك جاز استفادة العمل بلا اجر مضمون
[illegible] يلزمه الاجر للمضارب وانما قلنا ان المضاربة دون
[illegible] مختصر **قوله** [illegible] وانما [illegible] ربحية واذا فسدت المضاربة ليس للمضارب
[illegible] بعمله في مال المضاربة فللشريك ان يفعله في مال
شيء من الربح [illegible] والوكيل يجوز للمضارب [illegible]
الشركة لان تصرف الشريك اقوى من تصرف المضارب واعم فما جاز للمضارب جاز للشريك
بطريق الاولى **قوله** لان الشركة غير مقصود اي في المضاربة **قوله** قال ويوكل من يتصرف
فيه اي قال القدوري في مختصره وقوله ويوكل بالنصب عطفا على قوله ان يبضع وذلك لان الشركة
منعقدة على عادة التجار وفي عادتهم توكيل الشريك من يتصرف في مال الشركة فجاز ذلك او نقول
المقصود من عقد الشركة التجارة لتحصيل الربح وكل واحد من الشريكين ربما لا يتهيا له المباشرة
بنفسه للتجارة فلا بد من التوكيل فثبت التوكيل في ضمن التجارة تبعا لها بدلالة الحال فصار
كان كل واحد منهما امر صاحبه ان يوكل وليس كذلك الوكيل وبالشراء حيث لا يملك التوكيل
لانه عقد خاص ثبت مقصودا لتحصيل شيء معلوم جنسه وصفته فلم يثبت في ضمنه تبعا ما هو مثله
قال الكرخي في مختصره قال محمد في كتاب الرهن اذا رهن احد شريكي العنان متاعا من الشركة
بدين عليهما لم يجز وكان ضامنا للرهن ولو ارتهن بدين لهما اداناه وقبض لم يجز على شريكه من قبل انه
لم يسلطه ان يرتهن فان هلك الرهن في يده وقيمته والدين سواء ذهب بحصته ويرجع شريكه
بحصته على المطلوب ويرجع المطلوب بنصف قيمة الرهن على المرتهن وان شاء شريك المرتهن
ضمن شريكه حصته من الدين لان هلاك الرهن في يده بمنزلة الاستيفاء وقال الكرخي ايضا
فيه واذا باع احدهما لم يكن للاخر ان يقبض شيئا من الثمن وكذلك كل دين وليه احدهما فليس
للاخر قبضه وللمدين ان يمتنع من دفعه فان دفعه اليه برئ من حصة القابض ولم يبرأ من
حصة المداين وليس لواحد منهما ان يخاصم فيما ادانه الاخر او باعه والخصومة للذي باع
وعليه وقال ايضا في الباب الذي بعد هذا الباب ويجوز لاحد المتفاوضين ان يرهن
ويرتهن على شريكه ويجوز قبض كل واحد منهما لما اداناه صاحبه اوادانه او وجب لهما على
رجل من غصب او كفالة او غير ذلك وكل واحد منهما خصم على صاحبه يطالب بما على صاحبه
ويقام عليه البينة ويستحلف على علمه فيما هو من ضمان التجارة الى هنا لفظه رحمه الله والباقي يعلم منه
قوله قال ويد في المال يد امانة اي قال القدوري في مختصره يعني ان يد كل واحد من المتفاوضين
وشريكي العنان يد امانة حتى اذا هلك المال في يده هلك بلا ضمان لان كل واحد منهما قبض مال
الشركة لا على وجه اعطاء البدل ولا على وجه اخذ الوثيقة فلا يكون مضمونا عليه كما في
الوديعة واحترزنا بقولنا لا على وجه البدل عن المقبوض على سوم الشراء فانه مضمون
بالقيمة لان القابض على سوم الشراء قبضه على وجه البدل واحترزنا بقولنا لا على وجه
الوثيقة على الرهن فانه مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين لان المرتهن قبضه على وجه
الوثيقة **قوله** واما شركة الصنائع وتسمى شركة التقبل فالخياطان والصباغان يشتركان

على ان يتقبلا الاعمال ويكون الكسب [illegible]
شركة الصنائع تسمى شركة التقبل و[illegible]
يكون ثم اعلم انها قد تكون مفاوضة وقد تكون [illegible]
بينهما في ان يكونا جميعا من اهل الكفالة وا[illegible]
يتلفظا بلفظ المفاوضة كما في الشركة بالاموال [illegible]
او لم يكونا بعد ان كانا اهلا للتوكيل ثم اعلم ان [illegible]
الصنعة او اختلفت كقصارين او خياطين [illegible] او قصار
واسكاف وقال زفر هي جائزة بشرط اتفاق الصنعة [illegible] قال زفر في رواية [illegible] اصلا وبه
اخذ الشافعي وجه عدم الجواز ان الربح فرع المال ولا مال هنا وقد مر بيان ذلك عند قوله
وتكون الشركة وان لم يخلط المال ولنا ان المسلمين في سائر الامصار يتعاقدون هذه
الشركة وقد روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ما راه المسلمون حسنا فهو عند
الله حسن ولان المقصود من عقد الشركة تحصيل الربح وتحصيل الربح يحصل بتوكيل كل
واحد من الشريكين صاحبه بقبول العمل لان كل واحد منهما اصيل في النصف وكيل في
النصف الاخر فيتحقق الشركة في المال المستفاد بعقد الشركة حينئذ ثم اذا عملا او احدهما
يستحق فايهما عمله وهو كسبه واذا عمل احدهما كان العامل معينا لشريكه فيما لزمه بالتقبل
فوقع عمله له فكان الشريك استعان باجنبي في عمل وهذا جائز لان المشروط مطلق العمل
لا عمل الصانع بنفسه فان القصار اذا استعان بغيره او استاجر غيره في عمل استحق القصار
الاجر ثم لا يشترط اتحاد العمل والمكان عندنا حتى اذا كان احدهما قصارا والاخر خياطا وقعدا
في دكانين جاز عندنا خلافا لمالك وزفر لانه اذا كان العمل مختلفا يعجز كل واحد منهما عن عمل
صاحبه الذي يتقبله لانه ليس ذلك من صنعته فلا يحصل المقصود من الشركة ولنا ان المعنى
المجوز للشركة تحصيل الربح بالتوكيل والتوكيل يصح ممن يحسن مباشرة العمل او لا يحسنها لانه
لا يتعين على المتقبل اقامة العمل بيده بل له ان يستعين بغيره او يستاجر فاذا لا يكون كل
واحد منهما عن اقامة العمل عاجزا فكان صحيحا قال في الشامل في قسم المبسوط وان غاب احدهما
او مرض وعمل الاخر يكون الاجر بينهما وذلك لان عمله كعملهما **قوله** شركة لا يفيد مقصودها
اي مقصود الشركة اضاف المقصود الى الشركة وان كان المقصود للشريكين لان الشركة
ملابسة بمقصودهما والاضافة بادنى الملابسة جائزة كقولهم خذ طرفك لاحد حاملي الخشب
وكقوله اذا كوكب الخرقاء لاح بسحرة وفي بعض النسخ مقصودها بتثنية الضمير اي مقصود الشريكين
قوله وهو التثمير اي المقصود التثمير يقال ثمر الرجل ماله اذا احسن القيام عليه وفي الدعاء ثمر الله
ماله اي انماه **قوله** التحصيل اي تحصيل الربح **قوله** ولا يشترط فيه اتحاد العمل والمكان
خلافا لمالك وزفر ولا يقال قد سبق ان شركة التقبل لا تجوز عند زفر لانه يشترط خلط المال
فاذا كان كذلك لا يجوز عنده مطلقا فلا يتاتى خلافه هنا بتجويزها عند اتحاد العمل لان في اشتراط
خلط المال عن زفر روايتين ذكرهما شمس الائمة السرخسي في المبسوط **قوله** وهو ما ذكرناه
اشارة الى قوله ولنا ان المقصود منه التحصيل وهو ممكن بالتوكيل **قوله** ولو شرطا العمل
نصفين والمال اثلاثا جاز وفي القياس لا يجوز ذكر هذا تفريعا لمسالة القدوري وقوله والمال
منصوب والمراد منه الربح قال في شرح الطحاوي ويجوز اشتراط الربح بينهما على السواء وعلى التفاضل

[illegible] لا يجوز مشفا صلا الى هنا لفظه
[illegible] يشترطوا [illegible] اما بالمال واما بالعمل واما بالضمان
[illegible] الكون اشتراط فضل الربح حراما اما انعدام
[illegible] فلانعدام العمل فلان العمل مشروط على الشريكين
[illegible] فوجد العمل واما انعدام الضمان فلان الضمان
[illegible] قوله [illegible] النصف فلا يوجد الضمان ايضا فيما زاد على النصف
[illegible] حرام لنهي النبي عليه السلام عن ذلك فلم يجز فضل
الربح [illegible] شركة الوجوه اذا كان [illegible] بينهما نصفين ووجه قولنا ان المنافع لا تتقوم الا
بالشرط ويجوز ان تتقوم منافع احدهما لحذقه فيه اكثر من تقوم منافع الاخر فجاز ان يستحق
بنصف العمل ثلثي الربح فلم يكن ربح الفضل ولان ما ياخذ كل واحد منهما بدل عمله واجرته لا ربح
العمل في الحقيقة لان الربح انما يكون اذا كان بين الربح وبين ذلك الشي الذي هو ربحه جنسية
ولا جنسية هنا بين المال والعمل فلا يكون المال ربح العمل بل يكون له او العمل يتقوم بالعقد فيتقوم
فلا يجوز ربح الفضل بخلاف شركة الوجوه فان الربح ثمه متفق مع راس المال لان كلاهما مال
فاذا كان المشترى بينهما نصفين لم يجز اشتراط فضل الربح لاحدهما لانه يؤدي الى ربح ما لم يضمن
وهو لم يرد جوازه الا في المضاربة بخلاف القياس قالوا جواز اشتراط التفاضل في الربح
مع التساوي في العمل في شركة التقبل انما يجوز اذا كانت عنانا اما في المفاوضة فلا يجوز
قال في خلاصة الفتاوى ولو شرط الربح في هذا لاحدهما اكثر مما شرط للاخر جاز عندنا لان
العمل متفاوت قد يكون احذق فان شرط الاكثر للادنا منهما علا اختلف المشايخ فيه الى هنا
لفظه قيل الصحيح انه يجوز ايضا لان الربح يتقدر بضمان العمل لا بحقيقة العمل الا ترى الى
ما نص الحاكم الجليل الشهيد في الكافي فان غاب احدهما او مرض ولم يعمل وعمل الاخر فهو
ايضا بينهما وقال في شرح الطحاوي ولو ان رجلا اجلس على دكانه رجلا يطرح عليه العمل بالنصف
القياس ان لا يجوز هذه الشركة لان من احدهما العمل ومن الاخر الحانوت فتكون هذه شركة
بالعروض فلا يجوز وفي الاستحسان يجوز لان هذه شركة التقبل لان تقبل العمل من صاحب
الحانوت عمل فصارت شركة بالاعمال قوله فلم يجز العقد لتاديته اليه اي لتاديته عقد
شركة التقبل الى ربح ما لم يضمن وبيان اداءه اليه ذكرناه انفا قوله وصار كشركة الوجوه
اي صار عدم جواز التفاوت في الربح مع التساوي في العمل في شركة التقبل كعدم جوازه
لتفاوت الربح مع التساوي في المشترى في شركة الوجوه لان الضمان يتقدر بقدر العمل اما اذا اشترطا
التفاوت في ملك المشترى جاز التفاوت في الربح ايضا في شركة الوجوه الا ترى الى ما قال
في شرح الطحاوي في شركة الوجوه وينبغي ان يشترط الربح بينهما على قدر الضمان وان
شرطا الربح بخلاف الضمان بينهما فالشرط باطل ويكون الربح بينهما على قدر ضمانهما قوله
قال وما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه اي قال القدوري في مختصره
وتمامه فيه فان عمل احدهما دون الاخر فالكسب بينهما بالضمان وهذا الذي ذكره القدوري
من لزوم ما يتقبله احدهما شريكه ظاهر فيما اذا كانت شركة التقبل مفاوضة اما اذا كانت
عنانا فالقياس ان لا يكون كل واحد منهما مواخذا الا بحكم عقده لان الشركة وقعت مطلقة
عن الكفالة والكفالة في الشركة لا يثبت الا في المفاوضة لاقتضائها اياها تحقيقا للمساواة

وهنا

وهنا المقتضي ليس ثابتا فلا يثبت المو[illegible]
تكون عنانا لان الضمان هو المعتاد [illegible]
مضمون على صاحبه لان بعقد الشركة توكيل [illegible]
العمل وان لم يوجد منه العمل حقيقة فكان [illegible]
النصف الاخر فلما كان ما يتقبله احدهما مضمو[illegible]
العمل واقتضا البدل اي بدل العمل وهو الاجرة [illegible]
وكان لكل واحد منهما ان يطالب بالاجر فيصح دفع [illegible] وصح
دفع الاجرة من صاحب الثوب الى كل واحد منهما [illegible] بثمن
صابون او اجرا جيدا وحانوت قد مضى فانه لا يصدق [illegible] صاحبه الا باقرار او بينة عليه كالشركة
المفاوضة ولو جنت يد احدهما فالضمان عليهما جميعا لان ذلك بناء على ضمان العمل وقد ضمنا جميعا قوله
يطالب بالعمل بفتح اللام ويطالب بالاجر بكسر اللا[م] [illegible] قوله بالدفع اليه اي بدفع الاجرة الى كل
واحد منهما قوله وهذا ظاهر اي لزوم ما يتقبله كل واحد منهما شريكه قوله وفي غيرها اي في
١٦٥ غير المفاوضة يجي في العنان قوله ولهذا ايضاح لقوله مضمون على الاخر قوله بسبب نفاذه
يتقبله عليه اي يتقبل كل واحد منهما على الاخر قوله قال واما شركة الوجوه فالرجلان يشتركان ولا
مال لهما على ان يشتريا بوجوههما ويبيعا فتصح الشركة على هذا اي قال القدوري في مختصره وقوله واما
شركة الوجوه عطف على قوله فاما شركة المفاوضة في اول كتاب الشركة قال في شرح الطحاوي واما
الشركة بالوجوه فهو ان يشترك الرجلان وليس لهما مال ولا عمل على ان يشتريا بالنسية ويبيعا بالنقد
فما حصل من الربح فهو بينهما فهذا جايز وانما سميت هذه الشركة شركة وجوه لانهما اشتركا بوجوههما يعني
لوجاهتهما وامانتهما عند الناس فيبيع الناس منهما السلعة بالنسية لامانتهما وقال بعضهم انما سميت
هذه الشركة شركة الوجوه لانه ليس لهما مال ولا عمل فيجلس كل واحد منهما فينظر الى وجه صاحبه
وقد تكون هذه الشركة مفاوضة وقد تكون عنانا فالمفاوضة ان تكون الرجلان من اهل الكفالة
وان يكون ثمن المشترى على كل واحد منهما نصفه وان يكون المشترى بينهما نصفين وان يتلفظا المفاوضة
واما العنان منها فهو ان يجوز التفاضل في ضمان ثمن المشترى بينهما وينبغي ان يشترط الربح بينهما على
قدر الضمان وان شرطا الربح بخلاف الضمان بينهما فالشرط باطل ويكون الربح بينهما على قدر ضمانهما الى هنا
لفظ الامام الاسبيجابي فيه ثم اعلم ان شركة الوجوه جايزة عندنا خلافا للشافعي وجه قوله ان
الربح فرع المال فاذا لم يكن المال موجودا لا ينعقد الشركة لعدم تصور الربح بلا مال ولنا ان
المسلمين تعاملوا على ذلك في سائر الامصار من غير نكير فيجوز لقوله عليه السلام ما راه المسلمون حسنا
فهو عند الله حسن ولان المقصود من الشركة تحصيل الربح وتحصيله ممكن بتوكيل كل واحد منهما
صاحبه كما بيناه في شركة التقبل ثم التوكيل بشرا المال على الشركة صحيح من غير احضار الثمن فكذلك
الشركة ابتداء من غير احضار الثمن ولا يقال لو اشتركا ابتداء بالمال ثم هلك المال تبطل الشركة فاذا
اشتركا بغير مال ينبغي ان لا تنعقد كما اذا تبايعا فهلك المبيع بطل البيع فاذا تبايعا على معدوم لا ينعقد
لانا نقول ذلك يبطل بالوكالة فانه اذا وكله على شراء شيء بثمن سلمه اليه يصح ولو هلك المال تبطل
الوكالة ومع هذا اذا وكله بالشراء بثمن في الذمة جاز وانما لم يصح بيع المعدوم ابتداء لان الثمن
في مقابلة المبيع فاذا لم يكن المبيع موجودا فكيف يقابله الثمن او نقول اذا عين المال لم يرض
ان يكون المطالبة في الذمة بل رضي ان يثبت الحق في المال المعين ثم اذا لم تبطل الشركة بهلاك

[illegible] له المعين ثم اذا لم تبطل الشركة بهلاك
[illegible] الاشتراك بغير مال ابتدا فان كل
[illegible] الجواز ان ينعقد الشركة ثم صحة انعقاد شركة الوجوه
[illegible] واحد منهما كفيلا عن الاخر ووكيلا عنه في الابتياع
[illegible] قلنا في شركة التقبل لان المطلق من الالفاظ ينصرف
[illegible] مختصره **قوله** [illegible] المفاوضة ولهذا اذا اطلق الثمن في البيع كان على
غالب [illegible] الاخر فيما يشتريه اي قال القدوري في مختصره
وذلك [illegible] عن نفسه وعن صاحبه ووقوع التصرف عن الغير
لا يخلو اما ان يكون بولاية عليه او بوكالة عنه والولاية منتفية فتعينت الوكالة دفعا حتى ه
قوله فتعين الاولى **قوله** فان شرطا ان المشترا بينهما نصفان فالربح كذلك ولا يجوز ان يتفاضلا
فيه فان شرطا ان يكون المشترى بينهما اثلاثا فالربح كذلك هذا لفظ القدوري في مختصره اعلم ان
اشتراط فضل الربح على قدر الضمان يجوز فان شرط الفضل فيه لاحدهما بطل الشرط وكان ه
الربح بينهما على قدر ضمانهما وهذا لان ضمان الثمن اذا كان اثلاثا بينهما مثلا وقد شرطا ان يكون
الربح نصفين كان لصاحب الثلث ربح ما ضمنه على غيره وهو السدس فيلزم من ذلك ربح ما لم
يضمن وهو حرام لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عنه تحقيقه ان استحقاق الربح اما ان يكون
بالمال كرب المال في المضاربة او بالعمل كالمضارب او بالضمان كرجل يجلس على دكانه تلميذا له
يطرح عليه العمل بالنصف حيث يستحق نصف الربح استحسانا ولا يستحق الربح في الشرع بلا واحد
من الوجوه الثلاثة ثم استحقاق الربح في شركة الوجوه بضمان الثمن فاذا كان الضمان له
نصفين يكون اشتراط فضل الربح على النصف ما لم يضمن لا محالة فلا يجوز وهذا كاف
في تحقيق المسئلة وما قاله صاحب الهداية فلا يصح اشتراطه اي اشتراط ربح ما لم يضمن
الا في المضاربة والوجوه ليست في معناها اي شركة الوجوه ليست في معنى المضاربة لان
المضارب يعمل في مال صاحبه وهنا لم يوجد بخلاف العنان لانه في معناها اي لان العنان
في معنى المضاربة من حيث ان كل واحد يعمل في مال صاحبه فيلحق بها اي يلحق العنان بالمضاربة
يعني يجوز ربح ما لم يضمن في العنان كما في المضاربة لشبهه بها ففيه نظر لان ربح ما لم يضمن لو
كان جايزا في العنان لشبهه بالمضاربة لصح الشركة بالعروض في العنان ونحن انما لم نجوزها
لادائها الى ربح ما لم يضمن وايضا في العنان استحقاق الربح باحد الوجوه الثلاثة وهو العمل فلا
يكون فضل الربح مفضيا الى ربح ما لم يضمن وقد مر بيانه عند قوله ويصح ان يتساويا في المال ويتفاضلا
في الربح **قوله** ولا يستحق بما سواها اي لا يستحق الربح بما سوى هذه الاشيا الثلاثة المذكورة
وهي المال والعمل والضمان **قوله** لعدم هذه المعاني اشار الى هذه الاشيا **قوله** على ما بينا
اشار الى ما ذكر في شركة التقبل بقوله لان الضمان بقدر العمل فالزيادة عليه ربح ما لم
يضمن فلم يجز العقد لتادية اليه وصار كشركة الوجوه **فصل**
في الشركة الفاسدة شرع في الشركة الفاسدة بعد فراغه من الشركة الصحيحة لان الصحيح
موجود اصلا ووصفا والفاسد موجود اصلا لا وصفا فكان تقديم ما كان موجودا من كل وجه
اولى **قوله** ولا يجوز الشركة في الاحتطاب والاصطياد وما اصطاده كل واحد منهما او
احتطب فهو له دون صاحبه هذا لفظ القدوري في مختصره قال صاحب الهداية وعلى هذا

الاشتراك

الاشتراك في اخذ كل شيء مباح [illegible]
والبوادي كالفستق والجوز [illegible]
لا يملكه [illegible] او الجص او الملح او الكحل وما [illegible]
مملوك او يطبخا اجرا فان كان الطين او [illegible]
ذلك ويطبخاه ويبيعاه جاز وهو شركة الوجوه [illegible]
الشركة تتضمن الوكالة وشرط تحقق الوكالة [illegible]
[illegible] بدون
امر الموكل وفي المباحات يملكها الوكيل بلا [illegible]
[illegible] ويثبت
تملك المباحات الحيازة فكل من فاز بالسبب فاز [illegible]
[illegible] الكرخي في
مختصره ولكل واحد منهما ما اخذ ملكا له وعنه له [illegible] فيستحقه عليه وان كان
الاخر اعانه في عمله وجمعه فله اجر مثله لا يجاوز به نصف ثمن [illegible] ابي يوسف وقال محمد
يبلغ اجر مثله بالغا ما بلغ وقول ابي يوسف استحسان الى هنا لفظه رحمه الله وقال في شرح ه
الطحاوي وكذلك هذا الاختلاف في المضاربة الفاسدة اذا ربح فان الربح كله لرب المال وللمضارب
١٦٦
عليه اجر مثله بالغا ما بلغ عند محمد سواء ربح او لم يربح وعند ابي يوسف له اجر مثله ولا يجاوز
عن المسمى من الربح الى هنا لفظه ثم انما كان للمعين اجر المثل لانه عمل له بعقد فاسد ثم وجه قول
محمد رحمه الله انه لا يمكن تقديره اي تقدير اجر المثل بنصف قيمة المجموع لانه مجهول جهالة ه
متفاحشة جنسا وقدرا حيث لا يدري اي نوع من الحطب نصيبان واي قدر منه يجمعان ولا
يدريان ايضا هل يجدا ما عقدا عليه عقد الشركة ام لا يجدان فاذا كان كذلك لا يمكن ان يقال
ان المعين رضي بنصف المسمى من الحطب او الكنز ونحوهما لان الرضا بالمجهول لا يتحقق فيجب ه
الاجر بالغا ما بلغ الا ترى انه لو اعانه عليه فلم يصيبا شيئا كان له الاجر بالغا ما بلغ فهنا اولى له
لانهما اصابا ووجه قول ابي يوسف رحمه الله انه رضي بنصف ثمن المجموع فان كان ذلك مجهولا في
الحال لانه يعلم في المال فكان جهالته على شرف الزوال فانه على عرض ان يصير معلوما عند الجمع
فاذا كان راضيا في الابتدا بنصف المجموع وقد فسد العقد كان راضيا بنصف ثمن المجموع فلا نتجاوز
فلا يجاوز عن نصفه لانه يعتبر رضاه في اسقاط حقه عن مطالبة الزيادة الا ترى انه لو استاجر
رجلا ليحمل له حنطة مقدرة الى مكان بقفيز منها لا يجاوز اجر المثل عن المسمى وهو القفيز فكذا
هنا بخلاف ما اذا لم يصيبا فان المسمى لا يمكن اعتباره لجهالته باتفاقهما حتى حالا ومالا فوجب اجر المثل
بالغا ما بلغ وكان صاحب الهداية مال الى قول محمد حيث قدمه في الذكر على قول ابي يوسف ولكن
الحاكم الجليل الشهيد والشيخ ابا الحسن الكرخي وشمس الائمة البيهقي صاحب الشامل قدموا ذكر قول
ابي يوسف على قول محمد كما يقتضيه القياس هذا اذا عمل احدهما واعانه الاخر اما اذا عملا جميعا
وخلطاه فقد قال الحاكم قسم الثمن على كيل ووزن ما كان لكل واحد منهما ان كان كيليا او وزنيا وعلى
القيمة ان لم يكن كذلك فان لم يعرف المقدار صدق كل واحد منهما الى النصف ولم يصدق على
الزيادة الا ببينة لانه في يديهما جميعا الى هنا لفظ الحاكم في الكافي وقال في شرح الطحاوي وان
اختلفا فيجوز دعوى كل واحد منهما الى النصف مع اليمين على دعوى صاحبه **قوله** لا يجاوز
به بفتح الواو على صيغة المبني للمفعول وقوله نصف ثمن ذلك بالرفع لقيامه مقام الفاعل
وهذا كقولهم بلغ يعطا بك خمسمائة واصله ان المفعول به المتعدي اليه بغير حرف لا يفضل
على المتعدي اليه بحرف فكذا قلنا اسند الفعل الى النصف دون الجار والمجرور ولكن لو لم يكن

[illegible] بعد جائزا وقد عرف في المفصل
[illegible] المبسوط قال الكرخي في مختصره وكذلك
[illegible] لو كان الكلب لاحدهما وكان في يد الآخر فارسلاه
[illegible] لكل واحد منهما كلب فارسل كل واحد منهما كلبه
[illegible] مختصره قوله [illegible] وانما يجب [illegible] واحد منهما صيدا على حدة كان له خاصة
قوله [illegible] راوية يستقي عليها الماء والكسب بينهما لم تصح الشركة
والكسب [illegible] كان لصاحب البغل وان كان صاحب الراوية فعليه
اجر مثل البغل [illegible] انما فسدت الشركة لانعقادها على اخذ مباح وهو
الماء وقد بينا قبل هذا [illegible] قوله في المباحات باطلة كالاصطياد فاذا كانت فاسدة كان الكسب للمستقي
خاصة كما في الشركة [illegible] ويكون الصيد لمن اخذه ثم المستقي يجب عليه اجر مثل البغل
او الراوية لصاحب البغل ولصاحب الراوية لانه استوفى بعقد فاسد منافع ملك الغير
والراوية للمزادة اذا سميت لحمل البعير الذي يحمل عليه الماء لروايته وكثر ذلك حتى سمي المزادة
راوية كذا قال ابن دريد والمراد هنا المزادة قال ابو عبيد المزادة لا تكون الا من جلدين تمام
بجلد ثالث بينهما لتتسع والجمع مزاده ومزايد وقد قال اصحابنا رحمهم الله واذا اشتركا ولاحدهما
بغل وللآخر بعير على ان يواجراه فما رزق الله فيه من شيء فهو بينهما نصفان فهذا
فاسد لان هذه شركة وقعت على اجارة الدواب لا على تقبل الحمل لان تقديرها هذا ان يقول
لصاحبه بع منافع دابتك ليكون ثمنه بيننا ولو صرحا بهذا كانت الشركة فاسدة فكذا هذا فان
آجراهما في عمل معلوم قسم الاجر بينهما على مثل اجر البغل ومثل اجر البعير لان الشركة لما فسدت
والاجارة صحيحة لانعقادها على منافع معلومة ببدل معلوم كان الاجر مقسوما بينهما على مقدار
اجر مثل دابتيهما لان حكم الاجارات ينقسم على قيمة المنافع كما ينقسم الثمن على قيمة المبيعين المختلفين
ولو تقبلا حمولة معلومة باجر معلوم ولم يواجرا البغل والبعير فحملاها عليهما فالاجرة بينهما
نصفان لان الحمل صار مضمونا عليهما بالعقد فكان البدل على قدر الضمان ولم يعتبر زيادة
حمل البعير على البغل كما لا يعتبر في شركة التقبل بكثرة عمل احدهما وان اجرا البعير بعينه كان الاجر
لصاحبه لانه هو العاقد وان كان الآخر اعانه على الحمولة والتنقل كان له اجر مثله لا يجاوز به نصف
الاجر الذي اخذه في قول ابي يوسف وقال محمد له اجر مثله بالغا ما بلغ ووجه الخلاف عرف في اول
الفصل ولو ان قصارا له اداة القصارين وقصارا له بيت اشتركا على ان
يعملا باداة هذا في بيت هذا على ان الكسب بينهما نصفان كان جائزا لان الشركة وقعت على التقبل
لا على الاداة والبيت فتكون هذه شركة تقبل وانها جائزة وكذلك سائر الصناع نحو الخياطين
والصباغين ولو ان رجلا دفع دابته الى رجل يواجرها على ان ما آجرها به من شيء فهو بينهما نصفان
كانت الشركة فاسدة والاجرة لصاحب الدابة وللآخر اجر المثل وكذلك في السفينة والبيت
لان تقديره هذا كانه قال اجر دابتي ليكون اجرها بيننا ولو صرح بهذا كان فاسدا فكذا هذا
ثم الاجر كله لرب الدابة لان العاقد عقد العقد على ملك صاحب الدابة بامره وللعاقد اجر مثله
لانه لم يرض ان يعمل له مجانا ولو دفع اليه دابة يبيع عليها البر والطعام على ان الربح بينهما نصفان
كانت الشركة فاسدة والربح لصاحب البر والطعام ولصاحب الدابة اجر مثلها لان العامل
استوفى منفعة الدابة بعقد فاسد فكان عليه اجر مثلها والربح للعامل وهو صاحب البر والطعام

لانه

لانه كسب ماله والمسائل مذكو[illegible]
[illegible] وعبدها والباقي بحاله قوله
[illegible] التفاضل هذا لفظ القدوري في مختصره
[illegible] بقدر المال لان استحقاق زيادة الربح با[illegible]
[illegible] واجب الدفع فصار كالتسمية لم توجد
[illegible] بقدر المال قوله فيتقدر بقدره اي ين[illegible]
[illegible] للبذر في المزارعة الربح للنماء والزيادة كذا في الجمل
احدهما [illegible] بدار الحرب بطلت الشركة هذا لفظ القدوري في
[illegible] الموكل [illegible] لان الشركة تنعقد على الوكالة سواء كانت مفاوضة
[illegible] ط وهذا [illegible] فلما بطلت الوكالة بالموت بطلت الشركة ايضا لان المس[illegible]
لان كون كل واحد منهما وكيلا عن الآخر شرط انعقاد الشر[illegible]كة لا تنعقد
فيما لا يصح فيه الوكالة كالاحتطاب والاصطياد ولان العقد اذا كان غير لازم كان لدوامه
حكم الابتداء والشركة بهذه المثابة ثم الشركة لا وجود لها بين الحي والميت ابتداء فكذا
بقاء ولا فرق بين ان علم الشريك بموت صاحبه او لم يعلم لانه عزل حكمي فلا يشترط فيه العلم
بخلاف العزل القصدي حيث لا يصح ما لم يعلم الآخر لانه يشترط فيه العلم ثم لما ثبت بطلان
الشركة بالموت ثبت بطلانها بالارتداد اذا لحق بدار الحرب وقضى القاضي به لانه موت
حكمي الا ترى انه يقسم ماله بين ورثته ثم الشركة في العزل القصدي ينفسخ اذا كان مال
الشركة عينا يعني دراهم او دنانير ولو كان مال الشركة عروضا وقت الفسخ فقد ذكر
الطحاوي في مختصره انه لا ينفسخ وجعله بمنزلة المضاربة وقال الامام الاسبيجابي في شرح
الطحاوي لا رواية عن اصحابنا في الشركة وانما الرواية في المضاربة وهي ان رب
المال اذا نهى المضارب عن التصرف فانه ينظر ان كان مال المضاربة وقت النهي دراهم او
دنانير صح النهي فان كان راس المال دراهم كان له ان يصرف دنانير الى الدراهم وان كان راس
المال دنانير كان له ان يصرف الدراهم الى الدنانير وليس له ان يشتري بها عروضا وان كان
راس المال عروضا وقت النهي فلا يصح نهيه وجعل الطحاوي الشركة بمنزلة المضاربة وبعض
مشايخنا فرقوا بين المضاربة والشركة وقالوا يجوز فسخ الشركة وان كان راس المال عروضا بخلاف
المضاربة لان مال الشركة في ايديهما جميعا وولاية التصرف فيه اليهما جميعا فيملك كل واحد
منهما نهي صاحبه عينا كان المال او عروضا واما مال المضاربة فانه في يد المضارب وولاية
التصرف اليه لا الى رب المال فلا يملك رب المال نهيه بعدما صار المال عروضا كذا قال في شرح
الطحاوي وقال في الفتاوى الولوالجي واذا ارتد احد المتفاوضين ان لحق بدار الحرب وقضى
القاضي بلحوقه انقطعت المفاوضة والعنان ما ناخ لو رجع مسلما فلا شركة بينهما لانه
لما حكم بلحاقه جعل ميتا حكما وان لم يقض القاضي بلحاقه بدار الحرب انقطعت المفاوضة
والعنان بينهما على سبيل التوقف بالاجماع فان عاد مسلما قبل ان يحكم الحاكم بلحاقه بدار الحرب
يكون على الشركة وان مات او قتل انقطعت الشركة وان لم يلحق بدار الحرب انقطعت المفاوضة
على سبيل التوقف وان لم يقض القاضي بالبطلان حتى اسلم عادت المفاوضة وان مات بطلت المفاوضة
من وقت الردة واذا انقطعت المفاوضة على سبيل التوقف هل يبقى عنانا عند ابي حنيفة

... الى ما قال في باب احكام المرتدين
... [illegible] احكام الاسلام لانقطاع ولايته
قوله [illegible]
لو ادى [illegible] هذا لفظ القدوري في مختصره
[illegible] اداء الزكاة ليس فيه تمييز فليس لكل واحد
[illegible] مختصره قوله [illegible] وانما يضمن الكل نصيب صاحبه لانه ادى بغير امره قوله
[illegible] فادى كل واحد منهما فالثاني ضامن علم باداء
الاول [illegible] في مختصره ايضا وهذا قول ابي حنيفة رضي الله
عنه [illegible] اذا لم يعلم باداء الاول وذكر في بعض المواضع
انه لا يضمن [illegible] قوله [illegible] فيه رواية [illegible] ثم ضمان الثاني خاصة اذا
ادى على التعاقب [illegible] معا فكل واحد منهما يضمن نصيب صاحبه الا ترى الى ما قال
في الشامل في قسم المبسوط المتفاوضان امر كل واحد صاحبه ان يودي زكاة ماله فادياها معا
ضمن كل واحد نصف ما ادى ونقل صاحب الاجناس عن الاصل في كتاب الزكاة في
شريكين متفاوضين كل واحد منهما امر صاحبه اذا حال الحول ان يودي زكاة ماله فادياه
معا ضمن كل واحد منهما حصة صاحبه مما ادى سواء علم باداء صاحبه او لم يعلم في قول ابي
حنيفة وجاز زكاة كل واحد منهما ما اداه عن نفسه ولا يجوز عن صاحبه ما اداه لان اداءه
عن نفسه يوجب عزل الاخر في ادائه فيما اداه لم يكن مامورا به وصار كمن ادى زكاة غيره بغير
امره لم يجز وقد اعترض عليه بان زكاة كل واحد تسقط عنه بعد ادائه فيترتب عليه عزل
وكيله وحال ما يودي عنه الوكيل لم يحكم بسقوط الزكاة عن موكله فلم يوجب عزل الوكيل
عن الاداء اجيب عنه انه امره باداء الزكاة عنه في حالة استقرار الزكاة على الاخر وفي حالة ما
يودي الموكل عن نفسه الزكاة هذه حالة زوال الزكاة وسقوطها عنه فلا توصف في هذه
الحالة انها حالة استقرار الزكاة فكان اداوها على غير الوجه المأذون فكان مخالفا لما
امره لذلك ضمن وجه قولهما ان في الثاني لا يضمن اذا لم يعلم باداء الاول لانه اداه بالامر
ولا ضمان مع الامر ولهذا لا يضمن الاول ولا يلزم العزل من باشر الامر بنفسه قبل العلم
قياسا على العزل القصدي تحقيقه ان في وسع الوكيل تمليك جزء من المال من الفقير لا ايقاعه
زكاة لان وقوع الزكاة يتعلق بنية الموكل والمرء لا يكلف بما ليس في وسعه فكذا لم يضمن
الثاني وان لم يقع ما اداه زكاة ولهذا ذكر في وكالة كتاب الاصل لو دفع الف درهم الى
رجل وامره ان يقضي به دينا عليه فقضاه الموكل ثم ان الوكيل قضاه قال لا يضمن اذا لم
يعلم باداء الموكل وجه قول ابي حنيفة رضي الله عنه ان كل واحد منهما مامور باداء الزكاة
عن صاحبه فاداء الثاني ليس بزكاة لانها سقطت باداء الامر اولا فكان الثاني مخالفا فضمن
وفسد قياس الثاني على الاول في عدم الضمان لان الاول ليس بمخالف وهذا مخالف وهذا معزول
ضرورة بخلاف الاول وهذا لان العزل الحكمي لا يعتمد على العلم كما في العزل بموت الموكل
والعزل القصدي يحتمل العلم كما في نسخ الشريعة فظهر الفرق وبطل القياس ولان مقصود الامر
من اداء الوكيل الزكاة هو الخروج عن عهدة الواجب ثم اذا اداها الامر بنفسه حصل المقصود
فعري اداء الوكيل بعد ذلك عن المقصود فكان معزولا علم او لم يعلم فضمن نصيب الامر وعلى هذا

الخلاف

بخلاف المامور باداء الزكاة اذا ...
الاجناس من اصحابنا من قال ان ...
في جميع الاحوال فعلى هذا الاختيار ...
بعض اصحابنا في تحديد نحتاج الى الفرق و ...
وقد فعل ذلك فلا يلزمه الضمان وفي ...
الضمان بيانه ان الدين ثابت في الذمة وذلك ...
بصيرورته مضمونا على القابض ثم يصير الضمان بالضمان ...
... اشار الى وجوب الضمان على الثاني خاصة قوله ...
... ابي حنيفة وقالا ليس عليه ضمان اذا لم يعلم باداء صاحبه و ...
... لان الظاهر انه لا يلتزم الضرر الا لدفع الضرر وبيانه ان ...
... الوكيل بسبيل الزكاة عنه ذلك وبقاؤه في عهدة الواجب ضرر ...
... الوكيل حاله الا لدفع ضرر اخر وهو اسقاط الواجب عن ذمته فعلم ان المقصود من الامر باداء الزكاة
اخراج النفس عن عهدة الواجب وقد حصل المقصود باداء الامر بنفسه فضمن المامور بعد ذلك
قوله واما دم الاحصار فقد قيل هو على الخلاف هذا جواب بسبيل المنع بان يقال لا نسلم ان المامور
بذبح دم الاحصار لا يضمن اذا ذبح بعد زوال الاحصار بل يضمن عند ابي حنيفة ولئن سلمنا انه لا
يضمن بالاتفاق فنفرق ونقول دم الاحصار ليس بواجب لا محالة لانه اذا صبر الى ان يزول
الاحصار لا يطالب بدم الاحصار فلم يكن امرا مقصودا فلم يمكن ان يقال ان المقصود حصل بفعل
المحصر قبل فعل المامور فعري فعل المامور عن المقصود بخلاف اداء الزكاة فانه واجب فكان
اسقاط الواجب امرا مقصودا وقد حصل هذا المقصود باداء الامر بنفسه فعري فعل المامور
عن المقصود فضمن فظهر الفرق قوله قال واذا اذن احد المتفاوضين لصاحبه ان يشتري
جارية يطاها ففعل فهي له بغير شيء عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا يرجع عليه بنصف الثمن قال
فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير ذكر في كتاب الشركة مثل قولهما من غير خلاف وانما
ذكر قول ابي حنيفة في هذا الكتاب خاصة لهما ان الشراء وقع للمامور خاصة بدليل حل الوطي له
ثم هو قضى دينه وهو ثمن الجارية من مال الشركة فيرجع عليه صاحبه بنصف الثمن كما اذا اشترى
طعاما رزقا لاهله او كسوة وادى الثمن من مال الشركة تحقيقه ان الحاجة الى الوطي من الحوائج
الاصلية الا انها ليست بلازمة كالطعام فلم يكن مستثناة من عقد الشركة بلا شرط بخلاف
الحاجة الى الطعام فانها لازمة وكانت مستثناة بلا شرط ثم لما جاء التصريح بالحاجة الى الوطي
الحقت بالحاجة الى الطعام فوقع شراء الجارية للشريك المشتري خاصة ولابي حنيفة رضي الله
عنه ان شراء الجارية وقع على الشركة لقضية عقد المفاوضة ثم ادى المشتري ثمن ما وقع على
الشركة من مال الشركة فلا يرجع عليه صاحبه كما اذا اشترى قبل الاذن وادى الثمن من
مال الشركة حتى لا يثبت الرجوع فكذا هذا الا ان الاذن تضمن هبة نصيبه للمامور
لان الوطي لا يحل الا في الملك وقد حصل لما انه احل له وطيها ولم يذكر عوضا وكان تمليكا بهبة
بعد وقوع الشراء على الشركة فكانه قال اشتر جارية بيننا وقد وهبت نصيبي منها لك فجازت
الهبة في الشائع لان الجارية مما لا يقسم بخلاف شراء الطعام والكسوة حيث يقع للمشتري
خاصة لان ذلك مستثنى من قضية عقد الشركة للضرورة لان الحاجة اليهما اصلية لازمة

[illegible] ن مال الشركة فيرجع عليه صاحبه
[illegible] ثم البايع يطالب ايهما شاء بالثمن لان
[illegible] لان كل واحد من المفاوضين كفيل
[illegible] عن المشتري فاذا استحقت الجارية فعلى الواطي
[illegible] قوله وما يشتريه كل واحد منهما يكون على الشركة
[illegible] لانه ادى دينا عليه اي لان المامور ادى
[illegible] تغييره اي الشريك لا يملك تغيير مقتضى الشركة
[illegible] ولا وجه الى اثباته بالبيع يعني لا وجه الى اثبات
الملك [illegible] دينه يعني لا يمكن ان يقال ان حل الوطي في الجارية بناء على انه
اشترى [illegible] قوله [illegible] له خاصة يخالف مقتضى الشركة فلم يمكن القول بكون الشرا
سببا لحل الوطي [illegible] الهبة سببا له لانها تثبت في ضمن الاذن فاذا اقبضها لبطاها
بان الشريك تضمن ذلك [illegible] بحل الوطي بالهبة الثابتة بعد الشرا قوله لما بينا انه
يخالف مقتضى الشركة اشارة الى قوله جوابا على مقتضى الشركة قوله بخلاف الطعام والكسوة
متصل بقوله وله ان الجارية دخلت في الشركة قوله فيقع الملك له خاصة اي للمشتري
وانما رجع الضمير اليه وان لم يذكر لظهوره فهمه لان الشهوة قايمة مقام الذكر قوله وفي
مسيلتنا اي فيما اشترى احد المفاوضين الجارية للوطي باذن الاخر وهذه المسيلة مذكورة
في كتاب القضا في الجامع الصغير وذكرها في المبسوط في كتاب الشركة والله اعلم

كتاب الوقف

مناسبة الوقف بالشركة
من حيث ان الانتفاع في كل واحد منهما بالفاضل على اصل المال لان المقصود من الشركة تحصيل
الربح وهو زايد على راس المال كالربح في العقار زايد عليه والاصل في جواز الوقف ما
روي في الجامع الترمذي مسندا الى ابن عون عن نافع عن ابن عمر قال اصاب عمر ارضا بخيبر فقال
يا رسول الله اصبت مالا بخيبر لم اصب مالا قط انفس عندي منه فما تامرني قال ان شيت حبست
اصلها وتصدقت بها فتصدق بها عمر انها لا يباع اصلها ولا يوهب ولا يورث تصدق بها في
الفقرا والقربى والرقاب وفي سبيل الله والضيف لا جناح على من وليها ان ياكل منها بالمعروف او
يطعم صديقا غير متمول فيه قال وذكر لمحمد بن سيرين فقال غير متاثل مالا وروى الترمذي ايضا
مسندا الى ابي هريرة رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اذا مات الانسان
انقطع عنه عمله الا من ثلاث صدقة جارية وعلم ينتفع به وولد صالح يدعو له وحدث
محمد بن الحسن في الاصل اخبرنا صخر بن جويرية عن نافع مولى عبد الله بن عمر ان عمر بن الخطاب
كانت له ارض تدعى ثمغ قال وكان نخلا نفيسا قال فقال يا رسول الله اني استفدت مالا وهو
عندي نفيس افا اتصدق به فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تصدق باصله لا يباع ولا
يوهب ولا يورث ولكن لينفق ثمرته قال فتصدق به عمر في سبيل الله وفي الرقاب وللضيف
وللمساكين وابن السبيل ولذي القربى ولا جناح على من وليه ان ياكل بالمعروف او يوكل صديقا
له غير متمول فيه قال محمد فبهذا ناخذ اذا تصدق به في حياته وصحته كان ذلك من جميع
ماله واذا تصدق به في مرضه كان ذلك من ثلثه فاما ابو حنيفة فكان لا يجيز ذلك الا ان
يجعله وصية بعد موته وذكر القتبي في حديث عمر انه قال في وصيته ان توفيت وفي

بدي

بدي صرمة بن الاكوع فسنتها [illegible]
الابل ايضا صرمة اذا كانت خم [illegible]
الوقف لغة وشريعة ثم ركنه ثم شر [illegible]
قولهم وقفت الدابة اذا منعته من السير فا [illegible]
وقفا وكذلك كل شي حبسته وهذا احد ما جا [illegible]
ابو علي القالي عن ابي بكر عن ابي العباس عن [illegible]
ولا يعرف اوقفت من كلام العرب وفي عرف [illegible]
العين عن النقل من ملك الى ملك لا كل حبس وا [illegible]
اختلاف قال ابو يوسف الوقف يوجد بمجرد [illegible]
وقال محمد وهلال الراي ان الوقف لا يتم بهذا القد [illegible]
او موقوفة على المساكين وقال الخصاف واهل البصرة [illegible]
ارضي او داري صدقة موقوفة ما لم يقل على المساكين لا [illegible]
الا ان ذكر الفقرا ذكر للتابيد لانهم لا ينقطعون ابدا وجه [illegible]
وهلال الراي ان التابيد كما يثبت بذكر الفقرا لانهم لا ي [illegible]
ايضا لانه لا يحتمل الفسخ هذا حاصل ما قاله شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه
ولكن ابو يوسف جعل ذكر الوقف ذكرا للتابيد واما شرط جوازه فعلى قول ابي حنيفة
وقف ان يكون موصى به حتى لو لم يوص به لا يصح ويبقى على ملكه يجوز له بيعه ويورث
عنه الا ان يجيز الورثة فيصير جايزا ويتابد الوقف كذا قال شمس الايمة الحلواني في محيطه
وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي بان الاضافة الى ما بعد الموت ليس بشرط لصحة الوقف
حتى يمنع من بيعه ولا يورث منه ما قال شيخ الاسلام في مبسوطه وحاصل الخلاف يرجع
الى ان تقدير الوقف ماذا قال ابو حنيفة تقدير الوقف ان يقول حبست العين على ملكي
وتصدقت بثمرته على المساكين فلا يصح اذا كانت الثمرة معدومة الا بطريق الوصية
كما لو نص على ذلك وعلى قولهم تقدير الوقف كانه يقول ازلت العين عن ملكي الى الله
عز وجل وجعلته محبوسا في ملكه ومنفعته للعباد واذا كان تقدير الوقف هذا عندهم
صح وان لم يكن موصى به كما في المسجد وجه قولهما ان النبي صلى الله عليه وسلم امر عمر رضي الله عنه
بالوقف ولم يامره بالاضافة الى ما بعد الموت ولان الواقف ذكر الصدقة والوقف ولم يامر
بالاضافة الى ما بعد الموت ولان الواقف ذكر الصدقة والوقف والاول يوجب الزوال
والثاني يمنع الزوال فجعلنا العين زايلا الى الله تعالى محبوسا في ملكه عز وجل على وجه لا يصير
عينه للفقير عملا بالامرين جميعا وجه قول ابي حنيفة رضي الله عنه ما حدث الطحاوي في شرح
الاثار باسناده الى عكرمة عن ابن عباس قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد ما انزلت
سورة النسا وانزل فيها الفرايض نهى عن الحبس وقال في المبسوط عن عكرمة عن ابن عباس
عن النبي عليه السلام انه قال لا حبس عن فرايض الله تعالى بعد سورة النسا والوقف حبس
عن فرايض الله تعالى فيكون باطلا عملا بظاهر الحديث واحتج ابو حنيفة رضي الله عنه ايضا
بما روي عن شريح انه قال جا محمد ببيع الحبس وفي رواية ببيع الحبيس قال شيخ الاسلام
خواهر زاده والحبس ما كانوا يفعلونه في الابتدا قبل سورة النسا وكانوا يحبسون العين

[illegible] ن الصدقة بالغلة فجاز محمد صح
[illegible] التصدق بالغلة المعدومة لا بالعين
[illegible] قالوا لو قال تصدقت بغلة هذه الارض
[illegible] جب الزوال وما يمنع الزوال فجعلنا بالصدقة
[illegible] محبوسا على ملكه وجعلناه متصدقا بالثمرة
[illegible] **قوله** [illegible] نقيد الوقف هكذا اعتبارا بالنص ولو
[illegible] اما تعلقهم بحديث عمر فنقول ذلك يشهد لنا لان
[illegible] مطلقا ومطلق الحبس يقتضي ان يكون باقيا على
الملك [illegible] يكون بولاية [illegible] على ملكه من كل وجه وسبل الثمرة المعدومة لا يصح
[illegible] **قوله** [illegible] والجواب عن قياسهم على المسجد فنقول ثمة لم يوجد ما
[illegible] ملكه من كل وجه بخلاف ما نحن فيه قال لفظ الوقف يمنع
بان التبديل يتضمن ذلك [illegible] صح الوقف ففيه اختلاف قال ابو حنيفة حكمه حبس العين على
يخالف مقتضى الشركة [illegible] معدومة وهذا مشروع كما لو قال تصدق بثمرة ارضي على الفقرا
[illegible] التي ما ثبت بالبيع والذي يثبت بالوقف عند ابي حنيفة هذا فلا يزول
العين عن ملك الواقف الا بحكم الحاكم او بالتعليق بالموت لان الوقف عنده حبس العين على ملك
الواقف على وجه لا يقبل النقل والتصدق بالسلعة المعدومة ولا يصح التصدق بالسلعة
المعدومة الا بطريق الوصية فكذا ما كان في معناه واذا حكم به حاكم فقد صادف حكمه محل
الاجتهاد فينفذ وقال ابو يوسف ومحمد وهو احد قولي الشافعي حكمه ان يزول العين عن ملكه الى
الله تعالى ويصير محبوسا في ملكه ولا يصير العين للموقوف عليه اغاله الغلة لا غير وقال الشافعي
رضي الله عنه في قول حكمه ان يصير العين ملكا للموقوف عليه الا انه لا يبيع ولا يهب حتى قال لو
كان ارضا كان الخراج عليه ولو كان فيه عبد كان صدقة الفطر على الموقوف عليه وهذا ضعيف
لانا نجد موضعا يصير العين فيه ملكا للفقير ثم لا يجوز بيعه فوقع كلاما بلا اصل **قوله**
قال ابو حنيفة لا يزول ملك الواقف الا ان يحكم به الحاكم او يعلقه بموته فيقول اذا مت فقد
وقفت داري على كذا وقال ابو يوسف يزول الملك بمجرد القول وقال محمد لا يزول حتى
يجعل الوقف وليا ويسلمه اليه هذا لفظ القدوري في مختصره قال الامام الاسبيجابي في شرح
الطحاوي الوقف عند ابي حنيفة رضي الله عنه على ثلاثة اوجه في وجه لا يجوز وهو ما اذا
وقف داره او ارضه في صحته فلا يجوز وان اشترط التابيد وسلم الى المتولي ويجوز بيعه
ويكون ميراثا عن الواقف وفي وجه يجوز وهذا اذا وقف في حال حياته وجعله وصية
بعد وفاته فانه يجوز من ثلث ماله وفي وجه لا يجوز في ظاهر الرواية وهو اذا وقف
في مرض موته فهو كالوقف في حال صحته وروى الطحاوي عن ابي حنيفة انه يجوز في هذا كله
كالوصية بعد وفاته وهذا كله عند ابي حنيفة وعند صاحبيه الوقف جائز في حال صحته او
مرضه الا انهما اختلفا فيما بينهما قال ابو يوسف يجوز مشاعا كان او مقسوما سلمه الى المتولي
او لم يسلمه شرط التابيد او لم يشترطه وقال محمد لا يجوز الا باستجماع شرائطه وشرائطه ثلاثة
ان يكون مقسوما مخرجا من يده مسلما الى المتولي وان يشترط فيه التابيد وهو ان يجعل آخره
للسبيل خيرا لا ينقطع ابدا فيجوز الى هنا لفظ الامام الاسبيجابي وجه قول محمد ان النبي صلى

الله عليه وسلم قال لعمر رضي الله ع[illegible]
الاصل وسبل الثمرة ذكره في ال[illegible]
فتصدق بها عمر وحجة [illegible]
عن معاذ بن جبل وابن عباس انهما [illegible]
الصدقة المنفذة والموقوفة والمعنى فيه ان [illegible]
فيكون القبض شرط الصحة قياسا على الصدقة [illegible]
في جوازه فلما كان القبض شرطا اشترط كونه [illegible]
بنفسه وكذلك التابيد شرط في الوقف لا [illegible]
يوسف ان النبي صلى الله عليه وسلم امر عمر بالوقف [illegible]
ان التسليم ليس بشرط والفقه في المسئلة ان الوقف [illegible]
عن العين للتمليك فيصح من غير قبض كالاعتاق [illegible] معقودا
مقسوما والتسليم الى المتولي بان ذلك ان التمليك من [illegible]
لان ما في الدنيا ملك الله تعالى على الحقيقة وانما لنا [illegible] بتصود
من الكاتب تمليك رقبته من المولى وانما له ابطال ما ثبت له من [illegible] رف في نفسه
بفسخ الكتابة حتى يعود الى ملك المولى فكذلك ههنا يبطل بالوقف ما للمو[illegible] ن ملك التصرف
ولا يصير مملكا رقبة الموقوف لله عز وجل والابطال يصح من غير قبض بخلاف الصدقة
المنفذة فانها تمليك من الفقير بدليل انه يجوز له بيعها وههنا فاذا كانت تمليكا من الفقير
قصدا الا انه تمليكا من الله تعالى ضمنا فاشترط القبض ووجه قول ابي حنيفة في عدم
جواز الوقف وهو المذكور في الاصل ان النبي عليه السلام قال لا حبس عن فرائض
الله تعالى بعد سورة النساء والوقف حبس فلا يجوز وروي عن شريح انه قال جاء محمد ببيع
الحبس وبيانه هو عند بان شرط جواز الوقف لان الوقف تصدق بالغلة وهو لا يستدعي زوال
اصل الملك ولان الوقف تصدق بالغلة دائما ولا يمكن التصدق بها هكذا الا اذا بقي اصل
الموقوف على ملكه ولانه لا يجوز زوال الملك لا الى مالك كما في السائبة فلم يزل ملكه عن الاصل
بخلاف الاعتاق فانه اتلاف والوقف تبرع بالملك بخلاف المملوك فافترقا وبخلاف المسجد
فان فيه لم يوجد ما يمنع الزوال عن الملك بل جعله خالصا لله تعالى والوقف يمنع الزوال
فافترقا ولان الوقف لو صح لا بد من مراعاة شرائط الواقف فلو كان يزول الملك بالوقف
لم يكن لمراعاتها فائدة وقيل ان الوقف جائز عند ابي حنيفة لكنه ليس بلازم حتى يجوز اعادته
الى ملكه ولو قضى القاضي بلزومه يلزم بالاجماع لانه مجتهد فيه وعندهما لازم على كل حال
وهو قول الشافعي وقول زفر مثل قول ابي حنيفة قال في خلاصة الفتاوى قال الامام
السرخسي ظن بعض اصحابنا ان الوقف غير جائز عند ابي حنيفة واليه يشير في ظاهر الرواية
لكن مراده انه لا يجعل لازما اما اصل الجواز فثابت عنده ولو اوصى به بعد وفاته فانه
يكون لازما وذكر محمد في السير الكبير ان الوقف اذا اضيف الى ما بعد الموت فهو باطل
ايضا عند ابي حنيفة وهو الصحيح واكثر اصحابنا اخذوا بقولهما ثم ان ابا يوسف في قوله الاول
ضيق غاية التضييق كما هو قول ابي حنيفة وفي قوله الاخر وسع غاية التوسعة
ومحمد توسط بينهما ولهذا اخذ عامة المشايخ بقوله كذا في الخلاصة قال ايضا فيها والوجه

... [illegible] جه مخرج الوصية فيقولا وصية

... [illegible] وقفا فتصدق فوايلها على

... [illegible] عمر وقال الولوالجي في فتاواه

... [illegible] لعمر الابد ... صدقة كان هذا نذرا بالتصدق

... [illegible] بين ذكر الصدقة وذكر الوقف بان قال

... [illegible] مختصر قوله ... موقوفة او قال جعلت ارضي وقفا فان هذا

... [illegible] وكان مشايخ بلخ يفتون بقول ابي يوسف

... [illegible] لعرف الى هنا لفظه رحمه الله قال شيخ الاسلام

... [illegible] ان محمدا اكثر الطعن على ابي حنيفة وابي يوسف في

... [illegible] قوله ... له ذلك حتى لم يمكنه ان يفرع عليه فروعا كثيرة

... [illegible] قوله وهو الملفوظ في الاصل اي المذكور

... [illegible] قوله فلا يجوز الوقف وهو عدم جواز الوقف

... [illegible] اي لفظ الوقف بناء على ما قال ابو حنيفة وهو حبس العين على

ملك [illegible] الشركة انما قال صاحباه وهو حبس العين على ملك الله تعالى قوله

[illegible] ترجيح احد المذهبين على الاخر بالدليل فشرع بعد ذلك في بيان

الدليل قوله تدعى ثمغ بفتح التاء وسكون الميم وبالغين المعجمة ارض لعمر رضي

الله عنه وقفها وقد وقف سماعنا هنا بلا تنوين وقد اثبت في كتب غرايب الحديث المصححة

عند الثقات منونا وغير منون كما في دعد قوله له نظير في الشرع اي لاسقاط الملك

وجعله لله تعالى من غير ان يدخل في ملك احد وذلك النظير هو المسجد قوله وعن شريح

جا محمد صلى الله عليه وسلم ببيع الحبيس اي الموقوف وقد اسلفنا تفسيره عن شيخ الاسلام قبل

هذا وجه الاستدلال به ان الوقف لو كان لازما لم يجز بيعه وشريح بن الحارث القاضي الكوفي

كان من كبار التابعين بالكوفة عاش مائة وعشرين سنة كذا قال القتبي ومات سنة اثنين

وثمانين كذا قال المدايني واستقضاه عمر على الكوفة ولم يزل بعد ذلك قاضيا خمسا وسبعين

سنة لم يتعطل فيها الا ثلاث سنين امتنع فيها من القضا في فتنة ابن الزبير واستعفى شريح

الحجاج من القضا فاعفاه فلم يقض بين اثنين حتى مات كذا قال القتبي وقيل مات سنة تسع

وسبعين وقيل سنة ثمانين قوله لا سايبة قال تعالى ما جعل الله من بحيرة ولا سايبة ولا

وصيلة ولا حام قال في الكشاف كان اهل الجاهلية اذا نتجت الناقة خمسة ابطن اخرها

ذكر بحروا اذنها اي شقوها وحرموا ركوبها ولا تطرد عن ماء ولا مرعى واذا لقيها المعيي لم

يركبها واسمها البحيرة وكان يقول الرجل اذا قدمت من سفري او برئت من مرضي فناقتي سايبة

وجعلها كالبحيرة في تحريم الانتفاع بها وقيل كان الرجل اذا اعتق عبدا قال هو سايبة ولا

عقل بينهما ولا ميراث واذا ولدت الشاة انثى فهي لهم وان ولدت ذكرا فهو لالهتهم فان

ولدت ذكرا وانثى قالوا وصلت اخاها فلم يذبحوا الذكر لالهتهم واذا نتجت من صلب الفحل

عشرة ابطن قالوا قد حمي ظهره فلا يركب ولا يحمل عليه ولا يمنع من ماء ولا مرعى قوله

قال في الكتاب اي في مختصر القدوري قوله واما في تعليقه بالموت فالصحيح انه لا يزول

ملكه يعني اختلف المشايخ فيه على قول ابي حنيفة قيل يزول الملك بالتعليق بالموت وقيل لا يزول

وهو الصحيح لكنه يلزم لانه ...

اي المراد من الحاكم المو[illegible] ...

ولاه السلطان عمل القضا ...

كتاب القضا من خلاصة الفتاوى و ...

ينفذ لكن لا يفتى به كذا ذكر في الاقضية

فظاهر الجواب انه ينفذ وجواب فتاوى [illegible]

لا يحل لاحد ان يفعل ذلك يعني في الطلاق

اكلوا الى انه قال حسبلة الحاكم المحكم يعلم ولا

الا ان القاضي الامام الاستاذ ابا علي النسفي كان

الجهال الى ذلك فيودي الى هدم مذهبنا فاما

الفتاوى الصغرى قوله ولو وقف في مرض

بالمنافع بعد الموت يعني يلزم الوقف حينئذ على مذهب

[illegible] ان ذلك لا [illegible] فانه لا يلزم عنده ثم قال الطحاوي في مختصره وقد

[illegible] قوله يزول [illegible] يجوز فيه في مرضه كما لا يجوز في صحته ثم قال وهو الصحيح

[illegible] عند محمد [illegible] بالقول عند ابي يوسف اي يزول الملك عن الواقف بمجرد قوله وقفت

فزواله بشروط ثلاثة ذكرناها قبل هذا من كونه مقسوما مسلما مؤبدا قوله

وقد يكون تبعا لغيره فياخذ حكمه اي يثبت التمليك من الله تعالى ضمنا للتمليك من عبد الله

تعالى وان كان لا يثبت التمليك من الله تعالى قصدا لما عرف في قول الفقهاء كم من شيء يثبت ضمنا

ولا يثبت قصدا فيأخذ التمليك من الله تعالى حكم التمليك من غيره حتى يشترط فيه التسليم

والقبض قوله فيعتبر بما معنى الزكاة يعني يجعل التمليك من الله تعالى في الوقف في

ضمن التسليم الى العبد بمنزلة التمليك من الله تعالى في الزكاة حيث يتحقق التمليك منه تعالى في

ضمن التسليم الى الفقير قوله قال واذا صح الوقف على اختلافهم وفي بعض النسخ واذا

استحق مكان قوله صح خرج من ملك الواقف ولم يدخل في ملك الموقوف عليه اي قال

القدوري في مختصره واذا صح الوقف على اختلافهم اي على اختلاف العلماء في صحته حيث

لا يصح عند ابي حنيفة على رواية الاصل خلافا لصاحبيه خرج الموقوف من ملك الواقف

على قولهما لكن لا يدخل في ملك الموقوف عليه خلافا لما قال في وجيزهم بقوله وان وقف

على معين فهو ملك للموقوف عليه وذلك ضعيف لانه لو دخل في ملك الموقوف عليه لنفذ بيعه

كما في ساير املاكه فعلم انه لم يدخل في ملكه ولانه لو دخل في ملكه وزال ملك الواقف لم

ينتقل عن الموقوف عليه بعده الى غيره من الفقراء رعاية لشرط الواقف الا ترى ان

الواقف لو شرط في عين الموقوف من ساير املاك الموقوف عليه ان ينتقل عن الموقوف

عليه الى غيره لا يصح وهنا فيما نحن فيه يصح فلو كان ملكه زايلا الى الموقوف عليه لم يصح

شرطه لانه لا اثر لشرطه في ملك غيره قال صاحب الهداية وقوله خرج عن ملك الواقف

يجب ان يكون قولهما على الوجه الذي سبق تقريره يعني ان الوقف عندهما حبس العين

على ملك الله تعالى ويزول ملك الواقف عنه الى الله تعالى فلما زال ملك الواقف عندهما

وجب ان يكون قوله خرج عن ملك الواقف قولهما بخلاف قول ابي حنيفة فان الواقف عنده

[illegible] عين محبوسا على ملك الواقف
[illegible] وهو قول القدوري في بعض
[illegible] مشايخ جائز عند ابي يوسف اي
[illegible] قول الآباء [illegible] افعي اخذ بقول ابي يوسف قال
[illegible] مشايخ بلخ اخذوا بقول ابي يوسف
[illegible] قوله [illegible] ك دفع الى القاضي فقضى بجوازه جاز عند
[illegible] القضا وقال في خلاصة الفتاوي ولو وقف
[illegible] لمحمد لانه مشاع لا يحتمل القسمة فصار كهبة المشاع
[illegible] بناء على ان القبض هل هو شرط لصحة الوقف
[illegible] قوله [illegible] محمد فلما كان كذلك قال محمد لا يصح مع الشيوع فيما
[illegible] اع الا بانضمام غيره اليه وليس ذلك بموقوف
[illegible] بالقبض القاصر لانه لا يمكن غير ذلك فجاز مع الشيوع
كما في هبة [illegible] تضمن ذلك [illegible] في الصدقة المنفذة وهي التي سلمت الى الفقير وجعل
مملوكا [illegible] قوله [illegible] الشركة انما قال فكذا في الصدقة الموقوفة وهي التي لم يملكها الموقوف
عليه [illegible] بمنفعتها وقال ابو يوسف يصح الوقف مع الشيوع فيما يحتمل
القسمة وفيما لا يحتملها لان القبض عنده ليس بشرط فلم يكن كونه مفرزا شرطا لصحة الوقف
والتحقيق في كون القبض شرطا ام لا مر بيانه عند قوله قال ابو حنيفة لا يزول ملك
الواقف عن الوقف الا ان يحكم به الحاكم ثم جعل الارض مسجدا او مقبرة لا يصح مع الشيوع
عند ابي يوسف ايضا وان كان مما لا يحتمل القسمة بان كان الموضع غير صالح للصلاة او الدفن
بعد القسمة لان المسجد خالص لله تعالى والشيوع ينافي الخلوص الا ترى الى قوله تعالى وان
المساجد لله ولانهما لو صحا مع الشركة كان الانتفاع بهما بطريق المهاياة بان يصلى فيه
يوما ويجعل يوما اخر اصطبلا او نحو ذلك او يدفن فيه الموتى مرة وينبشوا مرة اخرى
مثلها ويزرع فيها وهذا في غاية القبح فلهذا قال بامتناع صحتهما مع الشيوع بخلاف وقف المشاع
فان الانتفاع به للموقوف عليه بطريق المهاياة او باستغلاله ثم قسمة غلته ممكن لا قبح فيه
قوله لان القسمة من تمام القبض والقبض عنده ليس بشرط فكذا التتمة يعني ان كون
الموقوف مقسوما مفرزا من تمام القبض على معنى ان القبض يقع في المفرز تاما كاملا وفي
غيره يقع قاصرا ثم القبض عند ابي يوسف ليس بشرط في صحة الوقف فكذا لا يشترط ما يتم
به القبض وهو كونه مقسوما مفرزا قوله لانه يعتبره بالهبة والصدقة المنفذة
اي يعتبر محمد جواز الوقف مع الشيوع فيما لا يحتمل القسمة بجواز الهبة المشاعة والصدقة
المنفذة المشاعة وهما جائزتان فكذا هذا لان القبض القاصر هو القدر الممكن وتفسيره
المنفذة مضى قبيل هذا قوله لان المهاياة فيهما اي في المسجد والمقبرة والمهاياة في الدار
ونحوها مقاسمة المنافع وهي ان يتراضى الشريكان ينتفع هذا بهذا النصف المفروز وذاك
بذاك النصف او هذا بكله في كذا من الزمان وذا بكله في كذا من الزمان بقدر الاول
قوله ولو وقف الكل ثم استحق جزء منه بطل في الباقي عند محمد ذكره مع ما بعده تفريعا
لمسئلة القدوري وانما بطل الوقف في الباقي بعد الاستحقاق لمقارنة الشيوع القبض لان حق

المستحق

المستحق كان ثابتا في الموقوف [illegible]
في الباقي لانتفاء الشرط [illegible]
في مرض موته او وقف [illegible]
لظهر ان الشيوع بعد القبض [illegible]
من الثلث وجوازها جواز الهبة [illegible]
رجوع الواهب ورد الثلثين الى ال[illegible]
استحق جزء شائع اما اذا استحق جزء معين [illegible]
الشيوع وكذلك الحكم في الهبة والصدقة [illegible]
والصدقة في الباقي وهذا معنى قوله وعلى [illegible]
قوله قال ولا يتم الوقف عند ابي حنيفة و [illegible]
ابدا وقال ابو يوسف اذا سمى فيه جهة تنقطع [illegible]
مسئلة القدوري وجه قولهما ان التوقيت يبطل [illegible] لا يصح
فلما كان التوقيت مبطلا كان التابيد شرطا ثم [illegible] جب المعنى
فلا يصح وهذا هو الوجه الصحيح في بيان قولهما [illegible] ب الوقف
زوال الملك بدون التمليك وانه يتابد كالعتق [illegible] م الوقف عند
ابي حنيفة رضي الله عنه حبس العين على ملك الواقف [illegible] بدا لم [illegible] في الوقف
شرطه فيما بعد الهم الا اذا حكم به الحاكم حينئذ يوف [illegible] فيه ووجه قول ابي
يوسف ان المقصود من الوقف هو التقرب الى الله تعالى [illegible] ق بالمنفعة والتقرب
كما يكون بالصرف الى جهة تنقطع فجاز الوقف على هذا الوجه كما جاز على ذلك الوجه وقيل
ان التابيد شرط عند ابي يوسف ايضا لكن التصريح بالتابيد ليس بشرط عنده لان ذكره
الوقف ذكر للتابيد لان الوقف ازالة الملك بدون التمليك فصار كالعتق يتابد فكذا الوقف
واشار القدوري الى هذا بقوله وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم ونقل الناطفي في الاجناس عن
شروط محمد بن مقاتل عن ابي يوسف اذا وقف على رجل بعينه جاز واذا مات الموقوف عليه
رجع الوقف الى ورثة الواقف وعليه الفتوى وقال في البرامكة قال ابو يوسف اذا انقرض الموقوف
عليهم يصرف الوقف الى المساكين فحصل عنه روايتان الى هنا لفظ كتاب الاجناس قوله
وهو موقوف عليه اي على التقرب الى الله تعالى موقوف على جعل الوقف بجهة تنقطع كما هو موقوف
على جعله بجهة لا ينقطع يعني يحصل التقرب بهذا الوجه وان لم يحصل بذلك الوجه قوله
منبئة عنه اي عن التابيد قوله قال ويجوز وقف العقار هذا لفظ القدوري وهذا لان عمر
رضي الله عنه وقف ارضا اسمها ثمغ وكذا اصحاب الصحابة وقفوا العقار يقال ما له دار ولا عقار اي
اصل مال كذا في الجمهرة والمراد منه هنا الارض مبنية كان او غير مبنية قوله ولا يجوز وقف
ما ينقل ويحول هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه وقال ابو يوسف اذا وقف ضيعة ب
بقرها واكرتها وهم عبيده جاز وقال محمد يجوز حبس الكراع والسلاح هكذا لفظ القدوري والمفهوم
منه ان حبس الكراع والسلاح لا يجوز مقصودا عند ابي يوسف ولكن قال الطحاوي في مختصره
ولا يجوز الوقف في عبد ولا في امة ولا في شيء سوى العقار والارضين الا ان يكون ارضا فيها
بقر وعبيد لمصالحها يشترط ذلك في الصدقة لها وفي الانفاق لها فيكون ذلك وقفا معها

[illegible] ابو يوسف الى هنا لفظه [illegible] شمس الاسلام خواهر زاده [illegible] بنو سلاحا وقد وقفهما في سبيل [illegible] الاختلاف اشار صاحب الهداية [illegible] حبس الكراع والسلاح على ما قال المشايخ [illegible] فهل يصح ام لا قال شيخ الاسلام في [illegible] محمد ما تعارف الناس وقفه من المنقول [illegible] لمحمد الاختلاف اشار صاحب الهداية بقوله [illegible] جواز حبس الكراع والسلاح على ما قال المشايخ [illegible] مقصودا فهل يصح ام لا قال شيخ الاسلام [illegible] كان وقال محمد ما تعارف الناس وقفه من [illegible] والمراجل [illegible] والجنازة والمصحف لقراءة القران والقدور [illegible] وقال [illegible] ذكر وقف الثياب والحيوان وغيره من الامتعة [illegible] فكذا [illegible] اذا كان المنقول شيئا يمكن الانتفاع به مع [illegible] وقف الدراهم والدنانير وجه قول الشافعي القياس على العقار [illegible] مع بقاء العين بخلاف الدراهم والدنانير فانه لا يجوز [illegible] شرطا [illegible] ان التابيد شرط في الوقف لانه لا يصح التوقيت والمنقولات لا [illegible] فلا يصح وقفها لانتفاء الشرط وكان القياس على هذا ان لا يجوز وقف الكراع والسلاح الا انه ترك القياس بالنص وهو ما ذكر شيخ الاسلام وغيره ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لعمر حين شكا من خالد بن الوليد حين منع منه الزكاة فقال ولا تظلموا خالدا فانه حبس ادرعه وكراعه في سبيل الله تعالى ثم النص الوارد في الكراع لا يحمل كالوارد في المصحف ونحوه لان الجهاد اعظم قربة من قراءة القران خارج الصلاة لانه فرض كفاية وهذا تطوع وكذا القربة في الانتفاع بالمنشار والفاس ونحوها دون القربة في الكراع فلم يثبت حكم الكراع فيها دلالة فبقي الحكم فيها على القياس وقال محمد القياس في جميع المنقولات كذلك الا اني تركت القياس بتعامل الناس لانه يجوز تركه به كما ترك القياس بالتعامل في الاستصناع وفيما لا عرف ولا نص فيه بقي الحكم على اصل القياس وقياس الشافعي ضعيف لانه قياس ما لا يبقى على ما يبقى **قوله** وهذا على الارسال اي عدم جواز الوقف في المنقولات على الاطلاق مقصودا او تبعا كراعا او غير ذلك تعاملوا منه ولا هو قول ابي حنيفة رضي الله عنه **قوله** واذا وقف ضيعة ببقرها واكرتها قال في المجمل ضيعة الرجل عقاره والاكرة جمع الاكار وهو الفلاح **قوله** كالشرب في البيع والبناء في الوقف يعني لا يجوز بيع الشرب مقصودا على ظاهر الرواية ويجوز تبعا للارض وكذا البناء لا يجوز وقفه مقصودا ويجوز تبعا للارض **قوله** ومحمد معه اي مع ابي يوسف في جواز وقف المنقول تبعا **قوله** يجوز حبس الكراع والكراع الخيل كذا في ديوان الادب **قوله** لما بينا من قبل اي من شرط التابيد لان المنقول لا يتحقق فيه التابيد لعدم بقائه **قوله** منها قوله عليه السلام واما خالد فقد حبس ادرعا واعتادا في سبيل الله قال البخاري في كتاب الزكاة من الصحيح حدثنا ابو اليمان

قال

قال اخبرنا شعيب [illegible] الله عليه وسلم [illegible] النبي عليه السلام ما [illegible] تظلمون خالدا اذا [illegible] صدقة وشبهها وفي الحديث فوائد [illegible] قوله ادرعه وفي هذا اللفظ نظر و[illegible] المؤنث فيجوز جمعه على افعل كعقاب و[illegible] مؤنث **قوله** ويدخل في حكمه [illegible] الكراع مؤنث سماعي يعني يجوز حبس الابل في سبيل [illegible] والقدوم قال في الجمهرة والقدوم الذي ينحت [illegible] والمراجل جمع مرجل والمرجل قدر من نحاس [illegible] معروف عربي صحيح **قوله** وجد التعامل [illegible] وهي الفاس والمر والقدوم والمنشار والجنازة [illegible] قال الولوالجي في فتاواه رجل وقف بقرة على رباط [illegible] مذكورة [illegible] احف [illegible] ابن السبيل [illegible] يحيى قال [illegible] وقال في [illegible] جاز ان كان في موضع تعارفوا ذلك لمكان العرف قال [illegible] صاحب التحفة وعن نصير بن يحيى انه وقف كتبه [illegible] النوازل سئل عن ابي نصر عن رجل وقف الكتب قال كان نصير بن يحيى يجيز وقد وقف كتبه قال الفقيه وكان ابو جعفر يجيز [illegible] به ناخذ الى هنا لفظ النوازل ونصير بن يحيى من كبار علماء بلخ مات سنة ثمان وستين ومائتين وهو تلميذ الحسن بن زياد وغيره رحمه الله ومات الحسن سنة اربع ومائتين وهو تلميذ ابي حنيفة ومحمد بن سلمة مات في شوال سنة ثمان وسبعين ومائتين وابو نصر محمد بن محمد بن سلام مات سنة خمس وثلثمائة وابو جعفر الهندواني مات ببخارى وحمل الى بلخ سنة اثنين وستين وثلثمائة وهو ابن اثنين وستين سنة وكان استاذ الفقيه ابي الليث وكان ابو نصر تلميذ محمد بن سلمة ونصير جميعا وهما تلميذا عصام بن يوسف وغيره وعصام تلميذ ابي يوسف القاضي رضي الله عنه ومات عصام ببلخ سنة خمس عشرة ومائتين **قوله** ولا يعارض من حيث السمع ولا من حيث التعامل فبقي على اصل القياس بيانه ان الوقف لا يجوز في المنقول نصا وقياسا اما الاول فلقوله عليه السلام لا حبس عن فرائض الله تعالى واما الثاني فلانه لا يتابد فصار كالدراهم جاز في الكراع والسلاح لمعارضة نص آخر وهو ما ذكرنا من حديث خالد وجاز فيما فيه تعامل لمعارضة دليل الاجماع وهو العرف كما في الفاس ونحوها ولم يوجد المعارض فيما لا يتعامل فيه من سائر المنقولات فبقي الحكم على اصل القياس فلم يجز الوقف فيها واما تابع لا اصل القياس لانه لا يمكن اثبات الحكم في المنقول الذي ليس فيه نص وعرف قياسا على العقار او الكراع والسلاح كذا دلالة لان المنقول الذي ليس فيه تعامل او نص ليس في معنى العقار ولا في معنى الكراع لان العقار يتابد بخلاف المنقول والكراع الة الجهاد الذي هو فرض كفاية والقربة بسائر المنقولات تطوع فلا يكون في معناه وهذا معنى قوله وهذا لان العقار يتابد والجهاد سنام الدين اي معظم الدين وقوله وهذا اشارة الى بقائه على اصل القياس وسنام البعير

[illegible] ابو يوسف السنام ومحمد
[illegible] قوله قال واذا
[illegible] يطلب الشريك القسمة
[illegible] بوجه من الوجوه
[illegible] في البيع والتمليك بعد زوال الملك
[illegible] مختص قوله [illegible] بوجه من الوجوه لانه عليه السلام
[illegible] مقاسمة الواقف مع الشريك في
[illegible] الحقوق والممنوع التمليك لا الافراز
[illegible] الغالبة في العقار والعروض والحيوانات
[illegible] قوله [illegible] التي لا تفاوت فان الافراز هو الغالب
[illegible] الوقف نظرا للفقرا فلم يجبر المقاسمة
[illegible] قال ان وقف نصيبه من عقار مشترك
فهو الذي [illegible] الشركة [illegible] لان وقف المشاع جائز عنده خاصة
يبيع [illegible] نصيبه فالمقاسم مع الشريك هو الواقف
لا القاضي [illegible] لوصيه بعد اما اذا لم يكن الارض مشتركة
بل هي لواحد [illegible] القبض عنده [illegible] القسمة فالوجه في ذلك ان يبيع النصف الباقي
ثم هو المشتري [illegible] الى القاضي فيامر انسانا يقاسمه لان القسمة تجري بين
اثنين ولا يتاتي في [illegible] ولا يصلح ان يكون مقاسما ومقاسما فلاجل هذا يبيع الباقي او
يرفع الامر الى القاضي وفي الصورة الاولى الواقف مع شريكه مقاسم ومقاسما فلا
حاجة الى القاضي ثم ان كان في القسمة فضل دراهم بان يكون احد النصيبين اجود من
الاخر فجعل بازاء الجودة دراهم فان كان الاخذ للدراهم هو الواقف لا يجوز لانه
يصير بائعا بعض الوقف وبيع الوقف لا يجوز وان كان شريكه جاز لان الواقف مشتري
لا بايع كانه اشترى بعض نصيب شريكه فوقفه قوله الا ان يكون مشاعا الى اخره استثنا من
قوله لا يجوز بيعه ولا تمليكه لان المقاسمة فيها معنى المبادلة غالب في العقار والبيع مبادلة
فصح الاستثنا قوله واما امتناع التمليك فلما بينا اشارة الى ما ذكر في اوايل كتاب الوقف
من قوله عليه السلام لعمر رضي الله عنه تصدق باصلها لا تباع ولا توهب ولا تورث ويجوز
ان يكون اشارة الى قوله لهما ان موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك عند قوله
ولا يتم الوقف عند ابي حنيفة ومحمد حتى يجعل اخره لجهة لا تنقطع ابدا قوله وان
اعطي الواقف على صيغة المبني للمفعول وقوله وان اعطي جاز على صيغة المبني للفاعل
قوله قال الواجب ان يبتدي من ارتفاع الوقف بعمارته شرط ذلك الواقف او لم
يشترط اي قال القدوري في مختصره اعلم ان البداة بعمارة رقبة الوقف واجب من غلة
الوقف سوا في ذلك شرط الواقف ذلك وعدمه لان المقصود من الوقف تحصيل الثواب
دايما بالصدقة الدايمة بالغلة ولا يمكن التصدق دايما بالغلة بدون العماره فكانت العمارة
مشروطة اقتضا ضرورة التصدق بما تم الوقف لا يخلو من احد الامرين اما ان كان على
الفقرا او على واحد بعينه ثم بعده على الفقرا ففي الاول يجب العمارة من الغلة لعدم

وعدم

وعدم تعيينهم [illegible]
غيرها هذا في جبا[illegible]
اولا لان القصد [illegible]
ذلك لان صرف [illegible]
يجوز ترك الواجب الى غيرا
معينا اما اذا كان وقفا على الفقرا و
الاصح وقيل يجوز الزيادة الى و
الخراج بالضمان معناه الغلة بسبب
يعني لما كان غلة الوقف للموقوف
في ماله مطلقا وان كان على فقرا
في كتاب غريب الحديث عن [illegible] وا
عروة عن عايشة عن النبي عليه السلام [illegible] بعد معاه
والله اعلم الرجل يشتري المملوك [illegible] يعني انه يرد
العبد على البايع بالعيب ويرجع [illegible] الخراج وانما
طابت له الغلة لانه كان ضامنا للعبد [illegible] في بيع الى
هنا لفظ ابي عبيد قوله لا يظفرهم اي [illegible] يظفرهم به
لانهم لا يحصون قوله واقرب اموالهم [illegible] مال للفقرا الان
الفقرا لان الفقير عديم الملك ولكن مال الله غاد و[illegible] ان تحصل لهم مال لكنه
ليس بظاهر حصوله واقرب ما تحصل لهم من المال غلة الوقف فيجب فيها اي يجب
الابتدا بالعمارة في الغلة قوله ولا يوخذ من الغلة اي لا يوخذ منها شيا وانما
قيدنا به لئلا يلزم التناقض في كلام المصنف لانه قال ولو كان الوقف على رجل بعينه
واخره للفقرا فهو في ماله اي مال شا في حال حيوته ومن جملة ماله غلة الوقف لانها تصرف
له فاذن يجوز ان يبتدا الوقف بالغلة كما يجوز بمال اخر فينافي ظاهر كلامه بالاطلاق في قوله
ولا يوخذ من الغلة فلا بد من القيد لارتفاع التناقض قوله فاما الزيادة على ذلك اي
على الصفة التي وقفه الواقف بتلك الصفة قوله فليست بمستحقة اي بواجبة قوله
والغلة مستحقة له اي واجبة للموقوف عليه قوله ولو كان الوقف على الفقرا فكذلك
اي لا يجوز الزيادة في البنا على الصفة التي وقفه الواقف قوله والاول اصح اي عدم جواز
الزيادة في البنا اصح مما قال البعض من جوازها اذا كان الوقف على الفقرا لا على رجل بعينه
قوله وان وقف دارا على سكنى ولده فالعمارة على من له السكنى هذا لفظ القدوري في
مختصره وذلك لانه هو المنتفع به وكانت المونة عليه كما لو اوصى له بخدمة العبد يكون
نفقته عليه فاحسن المثل فيه ولي حارها من تولى قارها وقال القدوري فيه فان امتنع
من ذلك او كان فقيرا اجرها الحاكم وعمرها باجرتها فاذا عمرها ردها الى من له السكنى وذلك
لانه لو لم يعمرها يبطل الحقان حق الواقف وهو التصدق بالمنفعة وحق من له السكنى
فاذا عمرت يبقى الحقان جميعا غاية ما في الباب ان في العمارة تاخير حق من له السكنى وتاخير
الحق اولى من ابطاله قوله والاول اولى اي عمارة الحاكم الدار بالاجرة اولى من ترك

٣٧٤

[illegible] الوقفا ابو [illegible]
[illegible] ثاني ترك العمارة [illegible] اذا [illegible] شرودي [illegible] مرقها [illegible]
[illegible] على العمارة ذكرها [illegible] لو سلام [illegible] بن كان [illegible]
[illegible] على العمارة لما في ه [illegible] الاختلاف [illegible] لو الاما [illegible] على [illegible]
[illegible] امتناع عن الصرف كما [illegible]
[illegible] لابد من العمل لا يجبر عليه ه [illegible] مختصر قوله [illegible] وانما [illegible]
[illegible] المتنع ببطلان الحق لتردد في [illegible] العقد [illegible]
لمجردان لا العمارة لعدم النفقة ويحتمل ان [illegible]
يكون لابطال حقه بالنزول عنه فلما [illegible]
له لانه في وجه التردد دواحد ه [illegible] يكون بولاية [illegible]
لانه غيرها لكم ذكره تقريبا للمسئلة ه [illegible] قوله في اواخر [illegible]
[illegible] يملكون اجارة الوقف قال الفقيه ابو [illegible]
جعفر ان [illegible] نصين ذلك [illegible] يستدم وغيره لايشركه في استحقاق
الغلة في [illegible] الشركة انما قال فكذا في [illegible] لا اذا في فان كان الواقف شرط تقديم ه
العشر والخراج [illegible] منفعتها [illegible] مما يصيبها واما اذا لم يشترط ذلك فيجب
ان يجوز ويكون [illegible] القبض [illegible] لو [illegible] كتاب الفصول ونقله عن فتاوى ظهير
الدين ثم قال [illegible] شرطا [illegible] اجارة الموقوف عليه لا يجوز وانما يملكها المولى
والقاضي ومعنى قوله [illegible] ان [illegible] الاجارة تمليك المنافع بعوض والتمليك
انما يتحقق من المالك [illegible] بمالك للسكنى وانما ابيحت له منفعة السكنى ليحصل
الثواب للواقف بخلاف المستاجر فانه يجوز له ان يواجر العين المستاجرة اذا لم يكن ه
يختلف باختلاف المستعمل لانه مالك للمنفعة بدليل ان العين اقيمت مقام المنفعة في ابتدا
العقد وفي الوقف لم يقم العين مقامها فظهر الفرق قوله وما انهدم من بنا
الوقف والته صرفه الحاكم في عمارة الوقف ان احتاج وان استغنى عنه امسكها حتى يحتاج
الى عمارته فيصرفه فيها اعلم ان النقض يصرف الى العمارة ان احتاج الوقف الى العمارة
والا يحفظ الى وقت الحاجة اليها فيصرف فيها وذلك لان المقصود من الوقف هو تحصيل
الثواب ابدا وهو لا يكون الا بالعمارة فلا بد من العمارة حينئذ ثم الوقف اذا احتاج
اليها صرف النقض فيها والا يمسكه الى ان يحتاج كيلا تتعذر العمارة وقت الحاجة فيبطل
المقصود من الوقف قال القدوري في مختصره ولا يجوز ان يقسمه بين مستحقي الوقف قال صاحب
الهداية يعني النقض وانما لم يجز للحاكم ان يقسم النقض بين المستحقين للوقف لانه لا حق
لهم في رقبة الوقف وانما حقهم في المنافع والغلة والنقض جزء من نفس الموقوف وهو
حق الله تعالى فلا يجوز للحاكم ان يدفع اليهم حق غيرهم والنقض بضم النون اسم البنا
المنقوض كذا في ديوان الادب يقال رم البنا يرمه رما ومرمة اذا اصلحه قوله
بين مستحقي الوقف بلفظ الجمع وقد سقطت النون للاضافة قوله فان جعل الواقف
غلة الوقف لنفسه او جعل الولاية اليه جاز عند ابي يوسف رحمه الله هذا لفظ القدوري
رحمه الله في مختصره وهنا فصلان احدهما شرط الغلة لنفسه والثاني شرط الولاية
له اما الفصل الاول فقد قال في الاجناس قال في كتاب الحج لعيسى بن ابان اذا وقف

على نفسه [illegible]
من وقف [illegible]
باطلا وكذلك لو [illegible]
لو قال صدقة [illegible]
الولوالجي في فتواه [illegible]
ايضا ترغيبا للناس في الوقف و [illegible]
له الا بيع التصرف ثم قال فيه و [illegible]
الاسلام في مبسوطه ومن شرط [illegible]
الواقف لنفسه شيا ومتى شرط لنفسه [illegible]
ابو يوسف لا يبطل الوقف [illegible]
ثم على الفقرا فانه يجب ان يكون على [illegible]
وكذلك على هذا الاختلاف اذ [illegible]
فالمسئلة على هذا الاختلاف [illegible]
ان الاختلاف بينهما اي بين ابي يو [illegible]
يعني ان عند ابي يوسف لا يشترط [illegible]
لنفسه لانه لا يشترط القبض والا [illegible]
وقيل بل الاختلاف هنا وقع ابتدا [illegible] في المتفرع بيانه انه
لو جعل شيا منها او الكل لنفسه لا يجوز لعدم القابض [illegible] ملكه من نفسه فكذا
في الصدقة الموقوفة الا ترى انه لو جعل ارضه مسجدا [illegible] جعل شيا من المسجد لنفسه
لم يجز فكذا هنا وكذا اذا شرط الا [illegible] او لاولاده او مدبريه لا [illegible] ملكه وشرطه لهم شرطه
لنفسه ووجه قول ابي يوسف ما روي زيد بن ثابت رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه
وسلم كان ياكل من صدقته والمراد به الصدقة الموقوفة ذكر الحديث شيخ الاسلام رحمه
خواهر زاده في مبسوطه ثم اكل الواقف لا يخلو من احد الامرين اما ان يكون بشرطه
الاولى والثاني لا يحل بالاجماع فتعين الاول فدل على صحة الشرط وعمر رضي الله عنه
قال لا جناح على من وليها ان ياكل منها بالمعروف كذا ذكره الترمذي في جامعه قالوا ان
عمر كان يلي امر صدقته حال حياته وانما فوض الى ابنته حفصة ام المومنين بعد
وفاته فدل قوله لا جناح الى اخره ان ما يشترطه الواقف لنفسه صحيح الا ترى انه
لو جعل ارضه خانا لنزول المارة وشرط ان ينزل هو ايضا او جعل سقاية ليشرب
منها الناس وشرط ان يشرب هو ايضا او جعل ارضه مقبرة لدفن المسلمين وشرط ان
يدفن هو فيها اذا مات صح الوقف وان اشترط المنفعة لنفسه فكذا فيما نحن فيه ه
حقيقة ان الملك في العين زال الى الله تعالى وهو لم يشترط ان يكون الملك له في العين
وانما شرط من المنفعة والغلة فاذا كان الملك في العين زايلا الى الله تعالى كان المنفعة
والغلة حادثة على ملكه تعالى فجاز شرط ذلك لنفسه كما جاز لغيره لانه لا يلزم حينئذ
تمليك ملك نفسه من نفسه كما في الخان والمقبرة والسقاية لا يقال القياس على الخان ونحوه
لا يصح لانه يدخل الواقف فيها وقف من الخان ونحوه بلا اشتراط ومع الشرط اولى وفي

[illegible] ابو [illegible] انقول الواقف
[illegible] في الحال له
[illegible] بو سلا [illegible] بعد الغلة فانه
[illegible] لو الا [illegible] الاختلا [illegible]
[illegible] ان يستبدل
[illegible] الامام [illegible] الصفوي عن السير
[illegible] قوله [illegible] وقال في الفصل الثالث من
[illegible] الفقيه محمد [illegible]
[illegible] لمحمد ان لا [illegible] قف ان يستبدل به ارضا اخرى
[illegible] يكون عند ابي يوسف وكذا لو شرط ان
[illegible] جايز والشرط باطل ثم قال في
[illegible] قوله [illegible] يوسف قال قال وعليه الفتوى لان
[illegible] يستبدل من ارض الى ارض فان الارض
[illegible] فاما لا تصلح للزراعة بضمن قيمتها
جعفر ان [illegible] تضمن ذلك [illegible] يوسف لا وكذا ارض الوقف اذا قل نزلها
[illegible] الشركة [illegible] فكذا [illegible] لما نصب من مو ونتها ويكون صلاح الارض
[illegible] لو صح [illegible] كنا باس وان شرط في وقفه انه بالخيار
[illegible] العقد عند [illegible] يوسف [illegible] وقف منه جاز وله بيعه ثم قال ذكره
في كتاب الزكاة [illegible] ثم قال وذكر الانصاري في وقفه
له الشرط لكن لا يبيعه [illegible] اذا دفع اليه ولا منفعة في الوقف
ان يأذن له في بيعها اذا [illegible] النظر لاهل الوقف واذا مات الواقف ولم يبعها لا يجوز لمن
ولها نحو بيعها ولو اشترط ان يبيعها ويجعل ثمنها للمساكين لم يجز هذا الشرط قال بهذا لفظ وقف
الانصاري ثم قال وفي وقف هلال قال باعها واشترى بثمنها ارضا كان وقفا وليس له بيع
الارض الثانية الا ان يشترط ذلك في اصل الوقف وقال في الفصل الرابع من كتاب الوقف
في خلاصة الفتاوى ذكر الامام السرخسي في السير الكبير مسئلة ثم قال وهذا يبين
خطا من يجوز استبدال الوقف وقال في الخلاصة كان الشيخ الامام ظهير الدين يفتي
بجواز الاستبدال ثم رجع عنه وقال الاسير وشى في فصوله وذكر في المنتقى عن محمد
رحمه الله اذا صار الوقف بحال لا ينتفع به المساكين فللقاضي ان يبيع ويشتري بثمنه
غيره وليس ذلك الا للقاضي ولو شرط الخيار لنفسه ففيه اختلاف قال في المبسوط
ولو شرط الخيار لنفسه في الوقف ثلاثة ايام فعلى قول ابي يوسف الوقف والشرط
جايز كما هو مذهبه في التوسع في الوقف وقال هلال بن يحيى الوقف باطل وهو قول
محمد وقال يوسف بن خالد السمتي البصري الوقف جايز والشرط باطل وقال في الاجناس
وان جعل لنفسه الخيار في ابطال اصل الوقف قال ابو يوسف في نوادر رواية ابن
سماعة الوقف جايز والشرط باطل لان الوقف ازالة ملك لا الى ما لك كالاعتاق فلو شرط
الخيار فيه يبطل الشرط ويقع العتق صحيحا فكذا في الوقف ولان الواقف لو شرط غلة
الوقف لنفسه ما دام حيا صح الوقف والشرط جميعا عند ابي يوسف فكذا اذا شرط
الخيار لنفسه مدة معلومة وعند محمد لا يجوز شرط الغلة لنفسه لانعدام معنى التسليم

وهو شرط [illegible]
النوادل في [illegible]
باطل سوا بين [illegible]
جاز الوقف [illegible]
البيع اذا باع [illegible]
لم يبين لم يجز وقف [illegible]
واما الفصل الثاني وهو شرط ا[illegible]
عند ابي يوسف قال صاحب الـ[illegible]
ونقل الناطفي في الاجناس عن [illegible]
تعالى ابدا ولم يشترط الو[illegible]
يشترط ثم قال الناطفي قال [illegible]
لفظ كتاب الناطفي وجه قوله [illegible]
اليه لا يثبت له ولاية الا بالشرط
الوقف تثبت بشرط الواقف فحال
منه ونقل في الاجناس عن وقف هـ[illegible]
الوقف وان ليس للسلطان ولا للقاضي
باطل وينتزع منه القاضي ويو[illegible]
الواقف لا يومن على الوقف خلاف الشيخ [illegible] الشرط [illegible] ان
الراي هو هلال بن يحيى البصري وهو من اصحاب ابي [illegible] وهو قول هلال
يوسف بن خالد السمتي البصري
وبوسف هذا من اصحاب ابي حنيفة ووصية ابي حنيفة [illegible] مشهورة يجب حفظها لكل
فقيه واضيف هلال الى الراي لكونه من اصحاب الراي والنظر قال صاحب المغرب والرازي تصحيف
وقيل ان هلالا لابد اخذ العلم عن ابي يوسف وزفر ايضا والانصاري الذي مر ذكره انما هو محمد
بن عبد الله البصري من اصحاب زفر كذا افاد الناطفي في الاجناس قوله لان اشتراطه لهم
في حياته اي للمدبرين وامهات الاولاد وذكر الضمير بالتذكير تغليبا للذكور على الاناث وانما
كان اشتراطه لهم كاشتراطه لنفسه لان ملكه فيهم باق ما دام حيا اذ لم يوجد الاعتاق ابدا
قوله وشرط بعض نفعة المسجد نحو الطاعطفا على قوله في الصدقة وقوله لان الوقف
ازالة الملك الى الله تعالى على وجه القربة على ما بينا اشارة الى ما ذكر عند قوله ولا يتم الوقف
عند ابي حنيفة ومحمد حتى يجعل اخره بجهة لا ينقطع ابدا بقوله لهما ان موجب الوقف زوال
الملك بدون التمليك والى قوله ولابي يوسف ان المقصود هو التقرب فعلم من هذا المجموع ان
الوقف ازالة الملك الى الله تعالى على وجه القربة قوله ولو شرط الواقف الى اخره
مربانه قوله قال مشايخنا الاشبه ان يكون هذا قول محمد اي الذي ذكره هلال في وقفه وهو
ان يكون الولاية للواقف اذا شرط والا فلا فان قلت مذهب محمد
ان التسليم الى المتولي شرط وشرط الولاية لنفسه ينافي التسليم فما وجهه قلت
لا نسلم المنافاة لان شرط الولاية سابق والتسليم لاحق فبعد ذلك هل يكون له الولاية ام لا
لا فان اذا وجد الشرط اولا كان له الولاية والا فلا قوله ولو ان الواقف شرط الولاية

[illegible] ابو [illegible] انا نقول [illegible] اذا
[illegible] فقال [illegible] فيه
[illegible] قال في شرح الطحاوي
[illegible] الاختلاف [illegible] التسليم ان يصلي جماعة
[illegible] جعله داري مسجدا
[illegible] قوله [illegible] في القبض واشتراط الصلاة
[illegible] محمد [illegible] بالصلاة فيه كالخان تسليمه بالتزود
[illegible] التسليم والقبض في كل شي على ما
[illegible] يكون [illegible] كالاعتاق فيهم بالقبض اعلم ان
[illegible] قوله [illegible] يوسف فاذا [illegible] الله فيعتبر التسليم
[illegible] في القبض كما هو نايب عن الواقف
[illegible] في الحفظ فاذا كان المتولي
[illegible] المتولي ولكن وجد قبض الموقوف
[illegible] المنوب اولى ان يكون كافيا وهذا
[illegible] لو صح [illegible] المقبرة اذا دفن فيها واحد او اثنان
[illegible] فيا تم نزول الواحد او الاثنان
[illegible] ك ودفن المقبرة وشرب السقاية
[illegible] عندها للفقير خاصة بل يجعلها للصنفين
والمعروف بالعرف كالمشروط [illegible] شرط خلاف ما اذا وقف ارضه ليصرف غلته الى الحاج
والغزاة حيث يراد منه [illegible] فيه المعروف الا اذا نص على الغني هذا في سائر الاوقاف اما في
المسجد فصلاة الجماعة فيه يقبض باتفاق الروايات عن ابي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما لان
بنا المسجد للصلاة بالجماعة فاذا وجد ذلك فقد وجد قبض من جعل المسجد له فيصح اما اذا
صلى فيه واحدا وجماعة وحدانا فهل يكون قبضا ام لا فقال شيخ الاسلام خواهرزاده
في مبسوطه عن ابي حنيفة روايتان في رواية يكون قبضا وفي رواية لا يكون قبضا
وقال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير فان صلى فيه واحد من المسلمين صح التسليم
عند محمد ايضا وقال في الذخيرة وعن محمد انه يشترط الصلاة بالجماعة فحصل عن محمد
حينئذ روايتان ايضا وجه رواية القبض الاعتبار بالمقبرة والخان وفيهما الواحد والجماعة
سوا فكذا هنا ووجه رواية انه لا يكون قبضا ان المسجد بناؤه لصلاة الجماعة لان
الصلاة وحدانا تقام في غير المسجد والذي يختص بالمسجد هو الصلاة بالجماعة فما لم يوجد ذلك
لا يعتد قبضا هذا اذا صلى فيه اما اذا لم يصل فيه لكنه دفع الى المتولي فهل يكون ذلك قبضا
على قولهما فيه اختلاف المشايخ ذكر شيخ الاسلام قيل بانه ليس بقبض لان المسجد لا يكون لها
متولي كما يكون لسائر الاوقاف فلا يكون الدفع الى المتولي قبضا وقيل بان الدفع اليه قبض
لان المسجد يكون له خادم يكنس ويغلق الباب والتسليم اليه قبض كما في سائر الاوقاف
واختلف المشايخ فيما اذا جعل ارضه مقبرة ودفعها الى المتولي ولم يذكره محمد في المبسوط
فقال بعضهم انه قبض كما في الخان والسقاية وقال بعضهم ليس بقبض لان المقبرة لا يكون لها

سوّل

[illegible] ولا [illegible]
[illegible] حنيفة ومحمد
قوله [illegible]
[illegible] له ان يبيعه
قال الفقيه ابو [illegible]
انه قال يجوز [illegible] مسجدا [illegible]
ثم قال وروى الحسن بن زياد [illegible]
الاعلى مسجدا واسفله بيتا لا يجوز
يكون الاسفل مسجدا او الاعلى [illegible]
الاسلام في شرحه للجامع [illegible]
للضرورة يعني لضيق المكان
اليه في قوله تعالى وان المساجد [لله]
خالصا لله تعالى فاذا لم يكن خالصا
بيعه واذا مات يورث عنه يوي [illegible]
انه قال قال الله تعالى انا اغنى الشركاء
[illegible] بي ولان اتخاذ المسجد عرف بالش[رع]
[illegible] لله تعالى الا ترى الى مسجد رسول الله [illegible]
[illegible] عبدي فانه [illegible] الحرام الذي بناه ابراهيم صلوات الله عليه
[illegible] وفوقه وتحته [illegible] النبي صلوات الله عليه بالرخام والمرمر [illegible]
[illegible] بالمدينة والى مسجد [illegible] ذلك جوهرا يضيء في ليلة بضوئها [illegible]
[illegible] المقدس الذي بناه داود [illegible]
[illegible] بالياقوت الاحمر وجعل فوق [illegible]
[illegible] فكل مسجد لم يكن كذلك
بان لا يكون خالصا لله لم يجز واورده الفقيه ابو [illegible] المقام سوالا واجاب بانه قال
فان قيل اليس مسجد بيت المقدس تحته مجمع الماء والناس ينتفعون به قيل اذا كان تحته
شي ينتفع به عامة المسلمين يجوز لانه اذا انتفع به عامة المسلمين صار ذلك لله تعالى ايضا
فاما الذي اتخذ بيتا لنفسه لم يكن خالصا لله تعالى ثم قال فان قيل او جعل تحته حانوتا
وجعله وقفا على المسجد قيل لا يستحب ذلك ولكنه لو جعل في الابتدا هكذا صار مسجدا واما
تحته صار وقفا عليه ويجوز المسجد والوقف الذي تحته ولو انه بنى المسجد اولا ثم اراد
ان يجعل تحته حانوتا للمسجد فهو مردود باطل وينبغي ان يرد الى حاله الاول الى هنا
لفظ الفقيه والسرداب بكسر السين كذا في ديوان الادب وهو بيت تحت الارض للتبريد
معرب قوله لما قلنا اي من الضرورة قوله وكذلك ان اتخذ وسط داره مسجدا
واذن للناس بالدخول فيه وهذه من مسائل الجامع الصغير عطف على قوله ومن جعل
مسجدا تحته سرداب فله ان يبيعه اي كذلك له ان يبيعه في هذه الصورة وان مات يورث
عنه وذلك لان المسجد ما يكون خالصا لله تعالى وهذا ليس بخالص له لانه لم يفرزه الا
ترى انه ابقى طريق المسجد ملكا لنفسه كما كان قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير
ولو انه عزله عن داره وجعل له طريقا على حدة فقد صار مسجدا ولا يجوز بيعه ولانه

[illegible] ابو [illegible] نقول [illegible]

[illegible] الى [illegible] ويشترط [illegible]

[illegible] وسلامه [illegible]

[illegible] وبه قال الشافعي [illegible] لو الاختلاف [illegible] تعالى لم يجمع

[illegible] بل منه جماعة

[illegible] ابو حنيفة ومحمد

[illegible] مختص قوله [illegible] الفصل في [illegible]

[illegible] وجه [illegible] ولو خرب ما حول

[illegible] بالمسيلة وربما المسيلة الجامع

[illegible] يكون [illegible] في بوادي رهشا مراد اخرب المسجد

[illegible] باعه وكذلك الفرس اذا جعله

[illegible] قوله [illegible] نصير تمنها لصاحبها او لورثته

[illegible] اجمعوا على بيعه واستغانوا

جعفر ان [illegible] نصيبن ذلك [illegible] من كتاب الصلاة الا المسجد باد

العقد [illegible] الشركة [illegible] فكذا في [illegible] ولا يتخذ منزلا ولا يبيعه ذلك

العشر والخراج [illegible] لم ينتقض [illegible] طع وقال في السير الكبير ان

[illegible] ويكون [illegible] القبض عند [illegible] لو صح [illegible] كتاب المسجد ولا يصلي فيه احد لا باس

بان ياخذه [illegible] شرطا [illegible] وياخذ ثمنه فيا كله او يجعله

مورثه الى [illegible] ولا [illegible] قال محمد انه اخرجه عن ملكه لجهة

من المنافع فاذا [illegible] شرط بخلاف ما [illegible] الى ملكه كالكفن اذا اكل السبع الميت

وبدي الاحصار اذا [illegible] بعد العرف [illegible] وقد تبدل المسجد وحصيره وحشيشه اذا

خرب المسجد وجه قول [illegible] الجهة ما بطلت لان المسجد ليس لاهل المحلة

خاصة بل للعامة فاذا [illegible] يمكن ان يجامع فيه العمارة ويصلي فيه مارة

الطريق وان لم يوجد السكان حول المسجد يوجب ان الكعبة كانت عليها اصنام

زمان الفترة وكانت تعطلت عن الطاعات فلم تخرج بذلك عن ان تكون موضعا للطاعة

فكذا سائر المساجد اما الكفن فانه تبرع من الاجنبي لحاجة الميت فاذا وقع الاستغنا

عنه عاد الى ملك المتبرع وليس هو بازالة الملك كالعارية حال الحياة عاد الى المعير

بعد استغنا المستعير اما القناديل والحصير والبواري فقال في خلاصة الفتاوي وعند

والصحيح من مذهب ابي يوسف انها لا تعود الى ملك متخذها بل تحول الى مسجد اخر او

يبيعها قيم المسجد لاجل المسجد وقيل هذه المسيلة بناء على ان اقامة الصلاة في المسجد

ليست بشرط لصيرورته مسجدا عند ابي يوسف في الابتدا فلا تكون شرطا لبقائه

وعند محمد شرط في الابتدا فكانت شرطا لبقائه قوله قال ومن بنى سقاية للمسلمين

او خانا يسكنه بنو السبيل او رباطا او جعل ارضه مقبرة لم يزل ملكه عن ذلك

حتى يحكم به الحاكم عند ابي حنيفة رضي الله عنه وهذه من مسائل مختصر القدوري

اعلم ان في اتخاذ الخان او السقاية او الرباط او المقبرة حكم الحاكم شرط لزوال

الملك عند ابي حنيفة رضي الله عنه وفي المسجد ليس بشرط بل الشرط فيه ان يفرزه

ويصلي فيه الجماعة وفي صلاة الواحد اختلاف الرواية قد اصبناه والفرق

ان هي [illegible]

والبه [illegible]

اله [illegible]

عنه محمد [illegible]

وعند ابي يـ [illegible]

التسليم وعند [illegible]

بالسكنى وفي الـ [illegible]

بين الاشيا من و [illegible]

المقبرة الى المتولي [illegible]

في اول الفصل قوله [illegible]

والدفن في السقاية والخان [illegible]

بينه الله والحصن من او جعل [illegible]

او للمرابطين او جعل غلة ارضه [illegible]

فهو جائز ولا رجوع فيها لما بينا [illegible]

اسقط العبد ما ثبت له من الـ [illegible]

وقد ذكر صاحب الهداية هـ [illegible]

جعل غلة الارض للغزاة جـ [illegible]

جعل الدار سكنى للغزاة او للحاج و [illegible]

يستوي الغني فان في ذلك لجريان العرف [illegible]

واحد فاستوى الفقير والغني والخلة لا يحتاج ا [illegible] تخصيص و [illegible]

اسم جمع بمعنى الحجاج كالسامر في قوله تعالى سامرا تهجرون [illegible] والسقاية حتى

والمسلمين كذا في الجمهرة ويقال رابط مرابطة ورباطا [illegible] هذه الاشيا لكل

[illegible] حتى تصير بالمقبرة والحاج

[illegible] موضع المخافة بين العدو

[illegible] في الثغور وهذا اخر شرح كتاب

الوقف من كتاب الهداية من شرحنا المسمى بغاية البيان ويتلوه كتاب البيوع ان شاء الله تعالى

والحمد لله وحده وصلى الله على سيدنا محمد وعلى اله وصحبه

وسلم صلاة وسلاما دائمين الى يوم الدين ووافق

الفراغ من كتابة هذا الجزو المبارك في اليوم

المبارك رابع عشر رجب الفرد الحرام

من شهور سنة خمس وتسعين

ونسخه على يد افقر

العبيد واحقرهم

وافقرهم الى رحمة

ربه المجيد على

بن احمد بن

حسن الطوخي

المالكي

غفر الله له ولوالديه ولجميع المسلمين [illegible] وصلى الله على سيدنا محمد وعلى اله وصحبه وسلم صلاة وسلاما [illegible]

[illegible] ان [illegible] فلا تخل [illegible] بسط الاجل من [illegible] ولا تغفل [illegible] بالحلم في الشامة [illegible]

[illegible] شيخ الاسلام [illegible] الشيخ [illegible] بقسطنطنية [illegible]

٣٣

لو نيمي [illegible] بالسوط [illegible]